

Уредници:
проф. др Милан Шкулић
др Горан Илић
мр Марина Матић Бошковић



УДРУЖЕЊЕ ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА
И ЗАМЕННИКА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА СРБИЈЕ

Унапређење Законика о кривичном поступку



Унапређење Законика
о кривичном поступку

**Унапређење Законика
о кривичном поступку**
de lege ferenda предлози
2015.

Уредници:

проф. др Милан Шкулић
др Горан Илић
мр Марина Матић Бошковић

Уредници:
проф. др Милан Шкулић
др Горан Илић
мр Марина Матић Бошковић

Аутори приручника:
Проф.др Станко Бејатовић
Проф.др Војислав Ђурђић
Проф.др Милан Шкулић
Др Горан Илић
Мр Марина Матић Бошковић
Милан Ткалац
Радован Лазић

За издавача:
Мисија ОЕБС-а у Србији
Шпанских бораца 1, Београд

Лектура:
Дејан Булајић

Дизајн и прелом:
comta | communications desgin

Штампа:
Фидуција 011 Принт

Тираж:
600

ISBN 978-86-6383-036-3



Издавање Приручника је помогла Мисија ОЕБС-а у Србији.

Ставови изречени у књизи припадају искључиво ауторима и не представљају нужно званичан став Мисије ОЕБС-а у Србији.

Садржај

ПРЕДИСТРАЖНИ ПОСТУПАК

- Мањкавости и препоруке	11
1. О предистражном поступку	11
2. Однос јавног тужиоца и полиције, понека новина, али не и заокрет	12
3. Обавеза или могућност подношења кривичне пријаве по новом ЗКП-у	15
4. Подносилац кривичне пријаве и лице оштећено кривичним делом	15
5. Кривична пријава полиције јавном тужиоцу који руководи полицијом	17
6. Одлуке јавног тужиоца по кривичној пријави	17
7. Одбацивање кривичне пријаве	17
8. Пријављено дело није кривично дело за које се гони по службеној дужности	18
9. Застарелост кривичног гоњења, помиловање, амнестија	18
10. Друге околности које искључују кривично гоњење	18
11. Непостојање основа сумње да је извршено кривично дело које се гони по службеној дужности	19
12. Обавештење оштећеном о одбацивању кривичне пријаве	20
13. Обавештење другим субјектима о одбацивању кривичне пријаве	21
14. Одлагање кривичног гоњења	21
15. Опортунитет	23
16. Дејство одбацивања кривичне пријаве	23
17. Недоумице у погледу прикупљања обавештења	24
18. Преузимање радње од полиције	25
19. Самостално предузимање мера и радње полиције у предистражном поступку	25
20. Доказне радње полиције у предистражном поступку	26
21. Задржавање лица	26
22. Закључак	28

ИСТРАГА

- Законско решење, спорна питања и дилеме	29
1. Уводна разматрања	29
2. Основне особености садашње јавно-тужилачке истраге	30
3. Циљна оријентисаност и сврха истраге	32
4. Материјални и формални услов за спровођење истраге	33
5. Потенцијална неуставност немогућности побијања одлуке о покретању истраге жалбом	35
6. Необавезност истраге и надлежност за њено спровођење	36
7. Присуство одређених лица доказним радњама у истрази	36
8. Основни облици деловања у корист одбране током истраге јавног тужиоца	38
9. Узајамно упознавање са прикупљеним доказима у истрази и „паралелној” истрази	43
10. Чување тајне у истрази, процесне санкције и приговор због неправилности	44
11. Циљна усмереност истраге и њено проширење	47
12. Прекид истраге	47
13. Окончање и допуна истраге	48
14. Закључак	50

ДОКАЗНЕ РАДЊЕ

- Основне контуре законских решења и неки практични проблеми	55
1. Уводна разматрања	55
2. Доказне радње у кривичном поступку	56
3. Основна општа законска правила која се односе на доказне радње	58
4. Нека потенцијално спорна/нејасна питања у законској регулативи, у односу на доказне радње	68
5. Закључак, уз посебан осврт на доказну концепцију о „плодовима отровног дрвета/воћке”	77

ОПТУЖЕЊЕ	81
1. Уводне напомене	81
2. Уопштено о фази оптужења	82
3. Системи контроле кривичне тужбе у упоредном праву	86
4. Садржај оптужнице	90
5. Концепцијски недостаци „новог” модела поступка судске контроле оптужбе	92
6. Прелиминарно испитивање оптужбе	92
7. Одлуке ванпретресног већа у поступку судске контроле оптужбе ..	94
8. Право жалбе на одлуке ванпретресног већа	98
9. Закључне напомене	99

ГЛАВНИ ПРЕТРЕС И ЗКП РС ИЗ 2011. ГОДИНЕ

- Испуњена очекивања процеса реформе, или не?	101
1. ЗКП РС из 2011. године као резултат дугогодишњег процеса реформе – Опште напомене	101
2. Главни претрес – Архитектоника и основне особености	106
2.7.1. Почетак доказног поступка	117
2.7.2. Предлагање доказа	118
2.7.3. Редослед извођења доказа	118
2.7.4. Изношење одбране и саслушање оптуженог	119
2.7.5. Испитивање сведока, вештака или стручног саветника ...	121
3. Закључна разматрања	126

ЖАЛБЕНИ ПОСТУПАК	127
1. Жалба против првостепене пресуде	128
2. Жалба против другостепене пресуде	144
3. Жалба против решења	144

ОБАВЕЗА УСКЛАЂИВАЊА СА ПРАВНИМ

ТЕКОВИНАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	149
1. Уводне напомене	149
2. Положај окривљеног	151
3. Заштита жртва	154

Предговор

Реформа кривичног поступка представља веома сложен процес јер обједињује, са једне стране поштовање општеприхваћених међународних стандарда заштите људских права и приступа правди, а са друге стране, захтеве за вођењем ефикасног кривичног поступка. При том је неопходно обезбедити и заштиту жртава кривичних дела.

Србија је 2011. године усвојила Законик о кривичном поступку, којим су значајно измењене улоге субјеката у кривичном поступку и уведена тужилачка истрага. Промена концепције кривичног поступка, којој није претходила одговарајућа расправа у стручној јавности, довела је до критике самих решења и текста Законика, као и до проблема у примени.

Законик о кривичном поступку ступио је на снагу у тужилаштвима опште надежности 1. октобра 2013. године и након више од две године његове примене у пракси, Удружење тужилаца Србије је, уз подршку Мисије ОЕБС-а у Србији, предузело активности како би идентификовало најзначајније проблеме у примени и предложило решења за њихово превазилажење. У том циљу Удружење тужилаца је организовало округле столове у градовима Србије, на којима су тужиоци дискутовали о изазовима са којима се суочавају у примени Законика. Проблеми у пракси произлазе из нејасних и двосмислених одредби Законика, правних празнина и неуједначене праксе. Део проблема могао би се превазићи изменом Законика о кривичном поступку, док би други део могао да се реши заузимањем заједничких ставова.

Монографија групе аутора се бави једним од најактуелнијих питања реформе кривичног процесног права у Србији. Основ за такву тврдњу представља велики број чланака, публикација, конференција и обука, објављених и спроведених, како би се олакшала примена новог Законика, али и како би се дао критички осврт и анализа.

Садржински посматрано, шест група питања представљају тежиште анализе монографије, коју су припремили еминентни домаћи представници академске заједнице и носиоци јавнотужилачке функције, усредсређени на практичне аспекте примене Законика. Прво, ту су питања која се односе на предистражни поступак, његове мањкавости, са препорукама за унапређење. Друга група питања односи се на истрагу, законска решења, спорна питања и дилеме. Трећа група питања односи се на доказне радње, четврта на оптужење, пета на главни претрес и шеста на жалбени поступак.

Надамо се да ће текст бити од користи нашем законодавцу, јер садржи значајан део *de lege ferenda* предлога.

Захваљујемо се свима који су допринели стварању ове монографије. То су, као прво аутори, а посебну захвалност дугујемо Мисији ОЕБС-а у Србији за пружање подршке раду Удружења у целини, а нарочито због подршке у изради ове монографије.

У Београду, новембар 2015. године
Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије

ПРЕДИСТРАЖНИ ПОСТУПАК Мањкавости и препоруке

1. О предистражном поступку

Предистражни поступак је фаза поступка која претходи истрази. То је фаза која је, према ЗКП-у¹, процесни еквивалент ранијем преткривичном поступку, у којој је позиција јавног тужиоца сасвим слична позицији јавног тужиоца у преткривичном поступку. У вези са предистражним поступком искристалисало се гледиште да предистражни поступак има неколико одлика. Прва је да се предистрага води искључиво за кривична дела која се гоне по службеној дужности. Друга је да је предистражни поступак неформалног карактера. То значи да се по правилу у оквиру предистражног поступка предузимају оперативне радње ради откривања кривичног дела и учиниоца, мада то не искључује могућност да се предузму доказне радње које имају доказни карактер. Трећа је да предистражни поступак представља врсту „истраге“, јер има исту сврху као и сама истрага. То значи да наша кривична процедура, мимо логике, познаје две истражне фазе: *неформална истрага* - предистражни поступак и *истрага* – која је формалног карактера и спроводи се на основу наредбе за спровођење истраге. Четврта одлика је да се предистражни поступак покреће и води уколико постоје основи сумње да извршено кривично дело, што је исти ниво сумње као и за истрагу. Пета је да је јавни тужилац *de iure* руководилац предистражног поступка, али је предистражни поступак *de facto* под контролом полиције, будући да је спровођење оперативних и доказних радњи у тој фази поступка у компетенцији полиције. Шеста карактеристика је да је предистражни поступак формалнијег карактера од преткривичног поступка. На крају, као последњу одлику требало би навести да у предистражном поступку и суд може да има одговарајуће надлежности (судија за претходни поступак

1 „Службени гласник РС”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. У тексту ће се за тај ЗКП користити одреднице нови, новоусвојени, новодонети и сл.

одлучује о притвору и сл.).² Поменутиим особинама предистражног поступка требало би додати и непотпуно уређену руководећу улогу јавног тужиоца и у вези са тим, донекле конфузну релацију између јавног тужиоца и полиције, у овој фази кривичног поступка. Речене особине тичу се предистражног поступка који претходи редовном кривичном поступку. Међутим, предистражни поступак који се спроводи по чл. 499. ст. 2. ЗКП-а и који претходи покретању скраћеног кривичног поступка не карактерише контрола полиције, будући да се у овом типу предистражног поступка предузимају искључиво доказне радње, које су у надлежности јавног тужиоца.

2. Однос јавног тужиоца и полиције, понека новина, али не и заокрет

Јавни тужилац према чл. 43. ЗКП-а руководи предистражним поступком и у фази предистражног поступка одлучује о предузимању или одлагању кривичног гоњења. Наредни члан 44. Законика носи назив *Дужност поступања по захтеву јавног тужиоца*. Полиција и други државни органи, надлежни за откривање кривичних дела, дужни су да поступе по сваком захтеву надлежног јавног тужиоца, као и да о свакој радњи предузетој у циљу откривања кривичног дела, или проналажења осумњиченог, обавесте надлежног јавног тужиоца. Дакле, као и по досадашњем Законику, органи којима се обраћа јавни тужилац нису овлашћени да цене целисходност његовог захтева.³

Права и дужности јавног тужиоца у предистражном поступку донекле су проширени у поређењу са правима и дужностима јавног тужиоца у преткривичном поступку. То је било нужно, како би права и дужности били доведени у корелацију са новом улогом тужиоца, органа који спроводи истрагу и има примарну доказну иницијативу.⁴ Дакле, тужилаштво више није само пасивни субјекат који „чека” кривичну пријаву полиције, без великих могућности утицаја на њену садржину, већ орган који активно учествује у њеном сачињавању и који припрема подлогу у доказима и подацима за њено подношење.

У ст. 2. чл. 44. предвиђено је да ће јавни тужилац одмах да обавести надређеног старешину, а по потреби надлежног министра, Владу или надлежно радно тело Народне скупштине, уколико полиција или други државни орган задужен за откривање кривичног дела, или проналажење учиниоца кривичног дела, не поступи по његовом захтеву. Право обавештавања надређеног, ми-

2 Шкулућ М. и Илић Г. *Водич за примену новог законика о кривичном поступку*, Београд, 2013, стр. 49.

3 По Закону о Државном одвјетништву Републике Хрватске јавни тужилац има право изда налог за спровођење одређених доказних радњи истражитељу (чл. 65). Налог се издаје писмено (чл. 66), осим у случају опасности од одлагања када се налог може издати и усмено, али тада је јавни тужилац дужан у року од 24 часа у писаном облику потврди усмено издат налог. „Narodne novine RH” br. 76/09, 153/09, 116/10, 145/10, 57/11, 130/11, 72713, 148/13, 33/15, 82/15.

4 Бељански С. Илић П. Г. и Мајић М. *Предговор за Законик о кривичном поступку*, Београд, 2011, стр. 16.

нистра или надлежног одбора Народне скупштине је и раније било нормирано чл. 46. ст. 4. ЗКП-а „старог” ЗКП-а.⁵ У наредном ставу 3. чл. 44. нормира се могућност тужиоца да захтева покретање дисциплинског поступка против полицијског службеника или запосленог у другом државном органу, који није поступио по његовом захтеву. Законик, међутим, нормира посебан услов који би морао да буде испуњен да би јавни тужилац могао да захтева покретање дисциплинског поступка. Услов је да надређени старешина, у року од 24 часа није поступио по притужби јавног тужиоца на рад конкретног полицијског службеника. Гледишта смо да природан след ствари подразумева да се јавни тужилац најпре притужи старешини органа, па затим тражи његову дисциплинску одговорност. **Ипак, чини се да је рок од 24 часа прекидач и да не оставља старешини довољно времена да размотри притужбу и донесе правилну одлуку поводом притужбе.** Осим тога, право јавног тужиоца да захтева дисциплински поступак **не укључује могућност да учествује у самом дисциплинском поступку, или да барем буде обавештен о његовом исходу,** тако да ова одредба, мада представља новину, истовремено не представља заокрет у односима јавног тужиоца и других органа предистражног поступка. Наредбодавну власт тужиоца над полицијом, према томе, не прате дисциплинска овлашћења тужиоца, будући да јавни тужилац нема право да изриче дисциплинске мере, већ искључиво право да иницира дисциплински поступак.

Дакле, недавно усвојени Законик о кривичном поступку, на донекле нов начин уређује овлашћења јавног тужиоца у предистражном поступку, у поређењу са овлашћењима јавног тужиоца у некадашњем преткривичном поступку. Утисак је да **новине не представљају потребан нормативни искорак** да би јавни тужилац у пуној мери могао да оствари руководећу функцију у предистражном поступку и да би могао да спроводи истрагу, која му је у надлежност поверена ЗКП-ом. У нормативном смислу, однос јавног тужиоца и полиције из предистражног поступка, представља процесну везу која укључује неку врсту формалног утицаја јавног тужиоца на полицију, али не и потпун хијерархијски однос неопходан за руковођење јавног тужиоца над полицијом. Напротив, ради се о посебном типу непотпуне и спољашње надређености јавног тужиоца над полицијом.

Поврх свега, положај јавног тужиоца у предистражном поступку, према новом ЗКП-у, умногоме је парадоксалан. Јавни тужилац је, са једне стране, надређен полицији у откривању кривичних дела и проналажењу учинилаца, али са друге стране, зависи од резултата рада полиције. Осим тога, полиција предузима активности за јавног тужиоца по његовом налогу, или надзору, међутим, резултате професионалног рада полиције, не оцењује онај „за кога раде”, већ надлежни старешина у полицији. Зато је вероватно, да ће у политички осетљивим и сложеним предметима, полиција пре послушати налог

⁵ „Службени лист СРЈ”, бр. 70/2001, 68/2002. „Службени гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009, 76/2010.

старешине, него јавног тужиоца. Истине ради, требало би рећи и то, да пракса отказивања послушности полицији јавном тужиоцу није непозната ни у боље уређеним системима.⁶

Када је реч о односу тужилаштва и полиције, постоје системи у којима се прибегава и радикалнијим решењима, у циљу контроле тужилаштва над полицијом. У многим земаљама Европе, полиција, или поједине врсте полиције, се интегришу у тужилаштво и тако се обезбеђује потпуна контрола тужилаштва над полицијом.⁷ Овлашћења тужилаштва над полицијом, у тим случајевима, испољавају се на различите начине. У Шпанији постоје „органске” везе између тужилаштва и судске полиције, која је одговорна тужилаштву за спровођење истрага, откривање и хапшење починилаца кривичних дела. У Белгији су делови полиције припојени канцеларији тужиоца, тако да су те полицијске јединице практично део тужилаштва. При сваком тужилаштву у Италији постоји одељење полиције које је функционално потчињено старешини тужилаштва, а у Швајцарској је тужилац истовремено Директор полиције „judiciaire”.⁸

Навођење упоредне праксе, више него јасно упућује на заључак да руководећа функција јавног тужиоца у предистражном поступку ЗКП-у није могућа без измене суштине односа између јавног тужиоца и полиције, али и без измене других прописа који садрже норме о надлежностима органа са полицијским овлашћењима. Промена суштине односа јавног тужиоца према полицији морала би да укључи припајање појединих делова полиције јавном тужилаштву, или увођење у систем истражитеља, као службеног лица јавног тужилаштва са неким полицијским овлашћењима. У погледу преосталих делова полиције који су овлашћени на самостално предузимање мера и радње у предистражном поступку (чл. 286.) или на предузимање доказних радњи (чл. 287.), јавни тужилац би морао да има неку врсту дисциплинске власти и кадровског утицаја, када је реч о постављењима или напредовањима у служби.

6 Hodgson, J. The Police, The Prosecutor and The Judge d Instruction, Judicial Supervision in France, Theory and Practice, Brithish Journal of Criminology, 41, 2001, 342-361.

7 У Великој Британији, неретко, могу да се чују аргументи против било каквог утицаја тужиоца на полицију. Филипс Краљевска Комисија (The Philips Royal Commission) је препоручила да тужилаштво не би требало да има надзорну улогу над полицијом, јер би у случају да врши надзор над полицијским активностима тужилац изгубио објективност у процени случаја. Kyprianou, D. Comparative Analysis of Prosecution Systems (Part II): The Role of Prosecution Services in Investigation and Prosecution Principles and Policies, pag. 2. www.law.gov.cy/.../Comparative%20Analysis%20 (9.11.2015.)

8 Извор извештај Савета Европе из 2000 године EUROPEAN COMMITTEE ON CRIME PROBLEMS (SDPC) SYNTHESIS OF REPLIES TO A QUESTIONNAIRE ON THE STATUS AND ROLE OF PUBLIC PROSECUTION, који се налази на интернет адреси www.coe.int. Узгред, тебало би казати и то да Извештај садржи и приказе другачијих односа тужилаштва и полиције. У тексту они нису анализирани, јер је намера била да се поткрепи теза да постоје бројни модели у којима тужилаштво остварује потпуну хијерархију над полицијом.

3. Обавеза или могућност подношења кривичне пријаве по новом ЗКП-у

„Државни и други органи, правна и физичка лица, пријављују кривична дела за која се гони по службеној дужности, о којима су обавештена, или за њих сазнају на други начин, под условима предвиђеним законом, или другим прописом”, гласи чл. 280. ст. 1. ЗКП-а. Из стилизације норме није сасвим јасно, да ли ова норма указује на круг субјеката који могу да пријаве кривична дела која се гоне по службеној дужности, или норма садржи заповест, обавезу за државне органе, правна и физичка лица, да пријаве да је извршено кривично дело за које се гоњење предузима по службеној дужности, без обзира на то да ли су њиме оштећени или не. Премда, поједини аутори сматрају да је пријављивање сваког кривичног дела обавеза само за државне и друге органе,⁹ сматрамо да је вероватније да норма, ипак, успоставља професионалну обавезу за државне органе и правна лица да пријаве кривична дела која се гоне по службеној дужности, односно грађанску обавезу за физичка лица, да пријављују кривична дела која се гоне по службеној дужности. То је, донекле, различито решење у односу на досадашње, будући да је таква обавеза пријављивања кривичних дела по „старом” ЗКП-у постојала само за полицију и друге државне органе (члан 222. ЗКП-а). **Приликом редакције ЗКП-а требало би прецизније формулисати норму о обавези пријављивања свих кривичних дела и истовремено преиспитати потребу проширивања круга субјеката, који су дужни да пријаве свако кривично дело које се гони по службеној дужности. Обавеза свих да пријаве свако кривично дело које се гони по службеној дужности више је својствена култури општег потказивања у ауторитарним системима, него атмосфери карактеристичној за демократско друштво, што би редактори измена и допуна ЗКП-а морали да узму у обзир.**

4. Подносилац кривичне пријаве и лице оштећено кривичним делом

За разлику од подносиоца кривичне пријаве, оштећени има посебна процесна права нормирана чл. 50. ЗКП-а. Права оштећеног детаљано су набројана и протежу се кроз цео редован кривични поступак. Пада у очи и то да је једино знатно сужено право оштећеног да преузме кривично гоњење за кривична дела која се прогоне по службеној дужности. Оштећени може да преузме гоњење, само уколико јавни тужилац одустане до оптужнице, након што је потврђена оптужба. То значи, да у ситуацији када јавни тужилац одбаца

⁹ Грубач М. и Васиљевић Т, Коментар Законика о кривичном поступку - тринаесто издање-према Законику из 2011, Београд, 2011, стр. 510.

кривичну пријаву, само лице које се у смислу члана 2. ст. 1. тач. 11. ЗКП – а сматра оштећеним лицем, има права из чл. 50. ЗКП-а, да буде **обавештено о одбацивању кривичне пријаве** и да поднесе **приговор** непосредно вишем јавном тужиоцу, против одлуке нижег тужиоца да не предузме кривично гоњење. Ради разјашњења, ваља казати да је приговор нов институт, настао као нека врста супституције за укидање права оштећеног да преузме гоњење до потврђивања оптужнице.

У чл. 51. ЗКП-а детаљније се регулише право на приговор оштећеног, у ситуацији када јавни тужилац **одбаци кривичну пријаву**, обустави истрагу, или одустане од кривичног гоњења, до потврђивања оптужнице. Наиме, оштећени има право да изјави приговор, о коме одлучује непосредно виши тужилац. О приговору се одлучује решењем, против кога није дозвољена жалба или приговор. Уколико усвоји приговор оштећеног, непосредно виши јавни тужилац ће издати обавезно упутство надлежном јавном тужиоцу, да предузме или настави кривични прогон. С обзиром на то да је Закон о јавном тужилаштву *lex specialis*, у погледу садржине и форме упутстава примењују се одредбе тог закона, тако да се упутство издаје у писаној форми и мора садржати разлог и образложење за његово издавање.¹⁰ Јавни тужилац који је примио упутство, нема право да изјави приговор против издатог обавезног упутства Републичком јавном тужиоцу, уколико сматра да је упутство незаконито и неосновано.¹¹ Такав закључак произилази из чињенице да Законик искључује могућност подношења приговора или жалбе.

Одсуство спољашње контроле одлуке јавног тужиоца да не отпочне, или да настави кривични прогон, није најбоље решење. Када то кажемо, имамо у виду и природу унутрашњег уређења јавног тужилаштва. Круто хијерархијско устројство Јавног тужилаштва Србије, као и чињеница да су сви јавни тужиоци и сва јавна тужилаштва део јединственог организма, практично чине немогућим објективно преиспитивање одлуке нижег тужиоца. Надређени јавни тужилац одлучује о приговору оштећеног, а све време има хијерархијску власт, која омогућава потпуну контролу рада нижег јавног тужиоца, па и контролу његовог рада пре доношења одлуке да не отпочне или настави кривично прогон. Ако је то тако, мало је вероватно да ће надређени јавни тужилац непристрасно преиспитати одлуке нижег тужиоца, када би тиме, посредно, признао свој пропуст у вршењу хијерархијског надзора. **Из свега тога, произилази да је приговор оштећеног неделотворно правно средство и да би се, изнова, могло размотрити увођење института преузимања гоњења од стране оштећеног и пре потврђивања оптужбе.**

10 Чл. 18. ст. 2. Закона о јавном тужилаштву.

11 Закон о јавном тужилаштву, чл. 18. ст. 3.

5. Кривична пријава полицији јавном тужиоцу који руководи полицијом

Ни нови Законик не захтева посебну форму за кривичну пријаву, а све из разлога да се подносиоцу пријаве омогући да на начин који њему највише одговара изнесе што потпуније чињенично стање. Новину не представља ни норма према којој законодавац обавезује подносиоца кривичне пријаве да наведе доказе који су му познати, а односе се на кривично дело које је предмет пријаве и да предузму мере да се сачувају трагови (чл. 280. ст. 3.)

Кривичне пријаве које се подnose од стране МУП-а, у погледу садржаја и доказа којима се поткрепљују, су најпотпуније. Међутим, дилема је да ли у систему, у коме јавни тужилац у потпуној мери руководи предистражним поступком, има смисла да полиција подноси кривичну пријаву јавном тужиоцу, када је кривична пријава резултат потпуног садејства полиције и јавног тужиоца у предистражном поступку. Чини нам се, да мимо било каквог резона, ЗКП прописује да полиција подноси кривичну пријаву тужиоцу, премда је јавни тужилац претходно руководио активностима и надзирао предузимање радњи, које су довеле до основа сумње да је извршено кривично дело, односно да је одређено лице извршило кривично дело и које чине садржину кривичне пријаве. **Дакле, кривична пријава полицији која се подноси јавном тужиоцу, као извор сазања о кривичном делу и учиниоцу, нема никаквог смисла када јавни тужилац сазнања прибавља непосредно, остварујући функцију руковођења полицијом у предистражном поступку. Логичније би било да након спроведених потражних и доказних радњи, по налогу и под надзором јавног тужиоца, полиција целокупан материјал, са којим је он већ упознат, једноставно достави јавном тужиоцу на даље поступање, без формалног подношења кривичне пријаве.**

6. Одлуке јавног тужиоца по кривичној пријави

По пријему кривичне пријаве или после прикупљања обавештења, тужилац доноси одлуку о пријави. Он може предузети кривично гоњење или пријаву одбацити.

7. Одбацивање кривичне пријаве

Према члану 284. став 1. и 4. ЗКП-а, јавни тужилац ће решењем одбацити кривичну пријаву, ако пријављено дело није кривично дело за које се гони по службеној дужности, ако је наступила застарелост, или је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, као и ако постоје друге околности које ис-

кључују кривично гоњење или ако не постоје основи сумње да је учињено кривично дело које се гони по службеној дужности. Осим што су, у односу на досадашњи законик, другачије постављени основи за одбацивање кривичне пријаве, промена је и у томе што се **изричито прописује форма** одлуке којом се одбацује кривична пријава, а то је решење.

8. Пријављено дело није кривично дело за које се гони по службеној дужности

Кривична пријава ће бити одбачена када пријављено дело није кривично дело за које се гони по службеној дужности, у ситуацијама када нису испуњена законска обележја кривичног дела, за које се гоњење предузима по службеној дужности, или када постоје околности које искључују постојање кривичног дела.

9. Застарелост кривичног гоњења, помиловање, амнестија

Кривична пријава ће бити одбачена и у случајевима када постоје процесне сметње за покретање кривичног поступка, због наступања застарелости кривичног гоњења, или је дело обухваћено амнестијом, или помиловањем.

10. Друге околности које искључују кривично гоњење

Најчешћи разлози због којих се пријава одбацује, а подводе се под основ „постојање других околности које искључују гоњење” су: смрт пријављеног лица, пријављено лице је млађе од 14 година, већ пресуђена ствар, пријављено лице ужива кривичноправни имунитет и сл.

11. Непостојање основа сумње да је извршено кривично дело које се гони по службеној дужности

Постојање, или непостојање основа сумње да је извршено кривично дело које се прогони по службеној дужности, је фактичко питање сваког конкретного случаја. Основи сумње морају да проишходе из података и доказа, па ако нема чињеница, које макар и посредно и са разумном вероватноћом указују на то да је извршено било које кривично дело које се гони по службеној дужности, кривична пријава мора да буде одбачена.¹²

Одбацивање кривичне пријаве због непостојања основа сумње да је учињено кривично дело које се гони по службеној дужности, може да створи проблеме у пракси (тачка 3.). По овом основу, кривична пријава ће бити одбачена ако чињенице садржане у њој и у прилозима датим уз кривичну пријаву, не потврђују постојање основа сумње да је кривично дело извршено. Основ сумње да је извршено кривично дело, не постоји када чињенице садржане у кривичној пријави и прилозима, ни посредно, ни непосредно не указују на то да је извршено кривично дело.¹³ Са друге стране, кривична пријава може да буде одбачена, јер чињенице не указују да је извршено кривично дело, и применом основа за одбацивање кривичне пријаве из тачке 1. истог члана (јер пријављено дело није кривично дело које се гони по службеној дужности). Једина разлика била би у аргументацији. Приликом одбацивања кривичне пријаве због непостојање основа сумње, јавни тужилац би се позивао на чињеничну аргументацију (рецимо, нема података, ни доказа, да је лице тешко телесно повређено, тако да не постоји основ сумње да је извршено кривично дело из чл. 121. – тешка телесна повреда), а код одбацивања, применом основа из тачке 1. на правну аргументацију (на пример, нису остварени сви елементи конкретного појма кривичног дела, није наступила тешка телесна повреда, тако да нема кривичног дела из чл. 121. КЗ-а).

У погледу непостојања основа сумње да је извршено кривично дело које се гони по службеној дужности, проблем је у томе што је законодавац, мимо логике, основе сумње искључиво везао за кривично дело, уместо да се основи сумње односе и на пријављено лице. У том случају би прописивање посебног основа фактичке природе имало смисла, јер би се пријава одбацивала када постоје основи сумње да кривично дело извршено, али не постоји основи сумње да је лице, означено у кривичној пријави, извршило кривично дело. Пример за то је када је поднета кривична пријава за извршење кривичног дела *тешка крађа* и у пријави означен учинилац, па се накнадно утврди да се пријављено лице у време извршења кривичног дела

12 Прелић Љ. и др. Јавнотужилачки приручник, Друго измењено и допуњено издање, Београд, 2009, 111-113.

13 Значење израза основ сумње је преузето из чл. 2. Законика.

налазило у иностранству, тако да уопште није могло да изврши кривично дело за које је пријављено.

Погрешно одређен основ из тачке 3. створиће проблеме у пракси и вероватно довести до неједнаког поступања тужилаштва, у ситуацији када је потребно одбацити пријаву и разрешити сумње пријављено лице, да је извршило конкретно кривично дело, премда постоје основи сумње да је кривично дело извршено. Сви ови аргументи упућују на неопходност измене овог решења и прописивања посебног основа, који би гласио „**непостојање основа сумње да је извршено кривично дело, или да је пријављено лице извршило кривично дело које се гони по службеној дужности**”.

12. Обавештење оштећеном о одбацавању кривичне пријаве

Јавни тужилац је дужан да о одбацавању кривичне пријаве, у року од осам дана, обавести оштећеног, без обзира на то да ли је оштећени подносилац пријаве. Законска формулација по којој ће јавни тужилац да обавести оштећеног о одбацавању кривичне пријаве, у пракси јавних тужилаштва је достављање обавештења оштећеном, са кратким разлозима из решења о одбацавању кривичне пријаве. Таква пракса се оправдава чињеницом да Законик, у одредби о обавештавању, не нормира обавезу да се уз обавештење достави и само решење о одбацавању кривичне пријаве.

После свега, требало би казати да решење из чл. 51. ст.1. ЗКП-а, по коме је јавни тужилац, уколико одбаца кривичну пријаву за кривично дело за које се гони по службеној дужности, дужан да у року од осам дана о томе обавести оштећеног и да га поучи о његовом праву да поднесе приговор непосредно вишем јавном тужиоцу, практично онемогућава изјављивање приговора, са потпуним разлозима против одлуке јавног тужиоца. **Дакле, имајући у виду преовлађујућу праксу јавних тужилаштва, оштећени изјављује приговор, а да при том није упознат са свим разлозима из одлуке којом се одбацује кривична пријава. Овакво поступање, премда се заснива на уском тумачењу чл. 50. ЗКП-а, у несагласју је са чл. 269. ЗКП-а, у коме се одређују врсте одлука према ЗКП-у (пресуде, решења и наредбе) и чл. 274. ЗКП-а, који прописује да се све одлуке саопштавају, ако су лица која имају правни интерес да сазнају садржину одлуке, присутна, или достављањем овереног преписа, уколико су одсутна. Према томе, будући да Законик не предвиђа да се достављају обавештења о одлуци, већ преписи одлука, нема сумње да би оштећеном морало да се доставља решење о одбацавању кривичне пријаве, уместо обавештења да је донета одлука о одбацавању кривичне пријаве. Измене ЗКП-а, дакле, морале би да укључе и измену чл. 51. у делу у коме тај члан говори о информисању оштећеног у погледу донете одлуке о одбацавању**

кривичне пријаве, изричитим прописивањем обавезе да се оштећеном доставља решење о одбацавању кривичне пријаве. Достављање решења о одбацавању кривичне пријаве, морало би да буде изричита обавеза, што би у одређеној мери поправило положај оштећеног и могућност да се потпуним разлозима бори против решења о одбацавању кривичне пријаве.

13. Обавештење другим субјектима о одбацавању кривичне пријаве

О одбацавању кривичне пријаве коју је поднео орган полиције, обавештава се орган полиције (чл. 284. ст. 2.), а по члану 138. став 2. Закона о пореском поступку и пореској администрацији, јавни тужилац је дужан да о одлуци о кривичној пријави Пореске полиције, обавести руководиоца Пореске полиције, у року од осам дана, од дана доношења одлуке. Када јавни тужилац обавештава орган полиције или Пореску полицију, да је кривична пријава коју су поднели одбачена, оправдано је да у обавештењу буду укратко наведени разлози за такву одлуку.

Премда је логично да тужилац обавести пријављено лице да је разрешено сумње, односно, да је против њега одбачена кривична пријава, таква врста обавезе није изричито прописана одредбама ЗКП-а.

14. Одлагање кривичног гоњења

Један од изузетака од начела легалитета је овлашћење јавног тужиоца, из члана 283. ЗКП – а, да под одређеним условима може одложити кривично гоњење, а по извршењу одређених обавеза од стране пријављеног лица и одбацивати кривичну пријаву. На основу члана 284. ст. 2. ЗКП –а, јавни тужилац је, такође, овлашћен да под одређеним условима цени целисходност покретања кривичног поступка (начело опортунитета).

Јавни тужилац може, уз сагласност осумњиченог, одложити кривично гоњење (члан 283. ЗКП-а) за кривична дела за која је предвиђена новчана казна, или казна затвора до пет година, ако осумњичени прихвати и изврши, у року не дужем од једне године једну или више следећих обавеза: 1) да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела, или накнади причињену штету, 2) да плати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда, или јавне установе, 3) да обави одређени друштвено корисни, или хуманитарни рад, 4) да испуни доспеле обавезе издржавања, 5) да се подвргне одвикавању од алкохола, или опојних дрога, 6) да се подвргне психосоцијалном третману, ради отклањања узрока насилничког понашања и 7) да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно да

поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком. **Проблем је у томе што институт одлагања гоњења не предвиђа могућност да се осумњиченом наложи да, из безбедносних или моралних разлога, јавном тужиоцу преда предмете ради уништења, или ради одузимања у корист буџета РС. Због тога, у неким случајевима, када је оправдано да се примени одлагање кривичног гоњења настаје проблем, јер се предмети попут опојне дроге или оружја не могу одузети, већ јавни тужилац мора да прибегне својеврсној правничкој акробатици и да примени одлагање кривичног гоњења, а потом захтева да се предмети одузму у поступку за одузимање предмета предвиђеном чл. 535. ЗКП-а.** Ваљало би напоменути и то, да за разлику од пређашњег законика, ЗКП сада ни у једном случају не захтева сагласност оштећеног за примену одлагања кривичног гоњења.

О одлагању гоњења јавни тужилац доноси наредбу која, поред навођења личних података осумњиченог, описа и правне ознаке кривичног догађаја, врсте обавезе коју осумњичени мора да испуни, обавезно садржи и **рок**, у коме осумњичени мора да изврши обавезе, и који не може бити дужи од годину дана. За разлику од претходног законика, који се није бавио питањем надзора над испуњавањем обавеза сада је одређено да надзор над испуњавањем обавеза врши **повереник** органа управе, надлежног за извршење кривичних санкција.

По прибављању сагласности осумњиченог, јавни тужилац доноси **наредбу о одлагању кривичног гоњења**. Уколико пријављено лице, у датом року изврши све преузете обавезе, и о томе донесе доказ који се прилаже у спис (нпр. уплатнице које доказују да је у корист одређене хуманитарне организације уплатио износ на који се обавезао), **јавни тужилац ће одбацити кривичну пријаву**, о томе обавестити оштећеног, а одредбе члана 51. ст. 2. Законика о кривичном поступку неће примењивати. У супротном, тужилац ће поступити по кривичној пријави, предузимањем кривичног гоњења. Чињеница да је Законом одређено да је последња радња у поступку примене одлагања гоњења, одбацивање кривичне пријаве, посредно али и несумњиво, указује на то да се овај институт може применити само у току предистражног поступка.

У изреку решења о одбацивању кривичне пријаве из чл. 283. требало би да се унесе чињенични опис кривичног дела, како би на несумњив начин био одређен идентитет кривичног догађаја на који се пријава односи и осумњичени тиме био заштићен од могућег покушаја да за то дело поново предузме кривично гоњење. **На крају требало би казати да нови Законик ограничава примену овог института на предистражни поступак. На такав закључак, као што је речено, упућује чл. 283. ЗКП, који предвиђа да се поступак одлагања кривичног гоњења окончава одбацивањем кривичне пријаве. Процесно ограничавање одлагања кривичног гоњења на предистражни поступак у знатној мери сужава примену тог института.**

15. Опортунитет

Други изузетак од начела легалитета је могућност да тужилац, из разлога целисходности, одбаци кривичну пријаву (чл. 284. ст. 2.). Да би до тога дошло, потребно је да се испуни више кумулативних услова: 1) да се ради о кривичном делу за које је прописана новчана казна, или казна затвора до три године, 2) да је осумњичени услед стварног кајања, спречио наступање штете или је штету у потпуности надокнадио, и 3) да према околностима случаја, јавни тужилац нађе да изрицање санкције не би било правично.

И у овом случају, изрека решења о одбацивању кривичне пријаве треба да садржи чињенични опис кривичног дела, из истих разлога као код решења донетог применом члана 283. ЗКП. У образложењу овог решења, при оцени испуњености услова за примену начела опортунитета, треба посебно указати на то зашто изрицање кривичне санкције не би било правично. И у овом случају, по одбацивању кривичне пријаве, члан 51. ст. 1. ЗКП-а се неће применити.

16. Дејство одбацивања кривичне пријаве

У вези са одбацивањем кривичне пријаве, требало би рећи да је у јавнотужилачкој пракси постојала дилема о правном дејству одбацивања кривичне пријаве, односно, да ли јавни тужилац може након одбацивања кривичне пријаве, одлуку о одбацивању да стави ван снаге и предузме кривично гоњење? Дилему је разрешио нови Законик, који упућује на недвосмислен закључак да одбацивање кривичне пријаве представља интерну одлуку јавног тужиоца, односно, да решење о одбацивању кривичне пријаве није коначна мериторна одлука, тако да у одређеним случајевима јавни тужилац може да стави ван снаге, претходно донету одлуку да пријаву одбаци. У прилог таквом схватању иде чл. 51. Законика. У чл. 51. ст. 2. уређује се право оштећеног да поднесе приговор непосредно вишем јавном тужиоцу, против одлуке нижег тужиоца, о одбацивању кривичну пријаву. У ст. 3. одређено је да виши јавни тужилац може да одбије, или да усвоји приговор. Уколико усвоји приговор, непосредно виши јавни тужилац ће издати обавезно упутство и наложити нижем јавном тужиоцу да предузме кривично гоњење. Предузимање кривичног гоњења у предмету, у коме је већ донето решење о одбацивању кривичне пријаве значи, да би јавни тужилац, најпре, морао да стави ван снаге претходно донето решење о одбацивању кривичне пријаве, а да потом предузме кривични прогон. Дакле, двостепеност у одлучивању и могућа хијерархијска контрола одлуке јавног тужиоца по кривичној пријави, поводом приговора оштећеног, управо потврђује закључак да је одбацивање кривичне пријаве **интерна** одлука јавног тужиоца, која поводом приговора оштећеног, или изузетно и уколико то оправдавају околности случаја, односно, након прибављања нових доказа, може да буде промењена. Интерна природа одлуке о одбацивању кривичне пријаве захтевала је да се пропише да у слу-

чају одбацивања кривичне пријаве по чл. 283. и чл. 284. ст. 2. ЗКП-а, јавни тужилац не може да стави ван снаге одбацивање кривичне пријаве и настави гоњење, јер је решење о одбацивању кривичне пријаве у овим случајевима дефинитивно, односно мериторне, а не интерне нарави. **С обзиром на то, да је законодавац пропустио да предвиди забрану поновног гоњења, када се одбаци кривична пријава применом чл. 283. и 284. ст. 2, уверења смо, да би овај пропуст требало отклонити у првој наредној редакцији Законика.**

17. Недоумице у погледу прикупљања обавештења

Члан 282. уређује начин поступања јавног тужиоца са кривичном пријавом. Изузетно и уколико није у могућности сам да прикупи потребна обавештења, јавни тужилац ће захтевати од полиције и од других органа, да пружи и прикупе потребна обавештења и предузму друге мере и радње, ради откривања кривичног дела и проналажења учиниоца. Тачније, у чл. 282. ст. 1. тач. 3. прави се разлика између субјеката који **пружају** и субјеката који **прикупљају** обавештења. Јавни тужилац може од свих државних органа, других органа и правних лица, да захтева да пружи потребна обавештења, док од полиције (и уопште органа који имају полицијска овлашћења) може да захтева прикупљање обавештења. Дакле, у првом случају, органи и правна лица пружају информације које **поседују**, док у другом случају прикупљају **информације** од других субјекта, користећи при том полицијска овлашћења. Акт којим јавни тужилац захтева пружање потребних обавештења, требало би са садржи упозорење да у случају непоступања по захтеву, одговорно лице у правном субјекту може да буде два пута кажњено новчаном казном од 150.000,00 динара.

У вези са правом јавног тужиоца да новачно казни одговорно лице, поставља се питање значења појма одговорно лице, у смислу чл. 282. ст. 3. ЗКП-а. Тачније, питање је да ли израз одговорно лице из чл. 282. ст. 3. ЗКП-а, има исто значење као и појам одговорно лице из чл. 112. ст. 3. тач. 5. Кривичног законика, или одговорно лице из ЗКП-а подразумева носиоце овлашћења у привреди, али и тзв. службена лица у државним органима и субјектима који имају јавна овлашћења? Гледишта смо, да одговорно лице из ЗКП-а има исто значење као и одговорно лице у КЗ-у и да не укључује тзв. службена лица. До таквог значења нормe долазимо имајући у виду циљ, односно сврху новчаног кажњавања, а то је да се осигура поступање по захтеву тужилаштва. Таква мера према функционерима у државним органима и службеним лицима, уопште није неопходна, будући да хијерархијско устројство државних органа и прописи који уређују њихово унутрашње уређење, обезбеђују да се поступи по захтеву јавног тужиоца и без кажњавања руководиоца.

18. Преузимање радње од полиције

У току предистражног поступка јавни тужилац је овлашћен да од полиције **преузме вршење радње**, коју је полиција, на основу закона, самостално предузела (чл. 285. ст. 5. ЗКП-а). То је могућност какву није познавао досадашњи ЗКП. У најмању руку, чини се необичним да законодавац јавном тужиоцу поверава овлашћење да упадне у процесне активности органа који поседују полицијска овлашћења и сам врши таква овлашћења. Чини се ће ова одредба ипак остати „мртво слово на папиру”. Пре свега, због тога што тужиоци и заменици немају потребна знања да би сами примењивали полицијске оперативне методе, мере или радње. Осим тога, примена ове норме биће скопчана и са другим потешкоћама. Примера ради, на основу чл. 285. ст. 5. ЗКП-а, јавни тужилац би могао да обавља и полицијска овлашћења припадника БИА-е, што је противно Закону о Безбедносно-информативној агенији¹⁴, који каже да послове Агенције врше искључиво припадници Агенције.

19. Самостално предузимање мера и радње полиције у предистражном поступку

Ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело које се гони по службеној дужности, полиција је дужна да предузме да се пронађе учинилац, да се не сакрије или не побегне или обезбеде трагови кривичног дела или предмети који могу послужити као доказ (чл. 286. ст. 1. ЗКП-а). То су уобичајена овлашћења полиције која полиција у већини упоредних система, по правилу, предузима самостално и без налога јавног тужиоца.¹⁵ Овлашћења полиције детаљно су набројана у ст. 2. чл. 286. ЗКП-а и то су овлашћења из чл. 225. ст. 2. „старог” ЗКП-а. Ипак, постоје и извесне промене у односу на претходни ЗКП. Мада нису **бројне**, те промене нису **безначајне**. Успоставља се тачно временско ограничење кретања лица на одређеном простору, да би се прикупила потребна обавештења. Дакле, лицу се не може ограничити кретање дуже од осам сати и то је битна измена, јер чл. 225. ЗКП-а није прописивао најдужи број сати ограничања кретања лица, од кога се прикупљају обавештења, већ је предвиђао да се конкретној особи може ограничити кретање, за време неопходно да се прикупе потребна обавештења. О предузимању мера и радњи, полиција одмах, а најкасније у року од 24 часа, након њиховог предузимања, обавештава јавног тужиоца (чл. 286. ст. 4).

14 „Службени гласник РС”, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 (Одлука Уставног суда), 66/2014.

15 Ипак, самостална овлашћења полиције у кривичном поступку предмет су сталне дебате у неким земљама. У Италији се о оправданости аутономије полиције у почетним фазама истраге неретко воде дебате и на политичком нивоу (види: CONSULTATIVE COUNCIL OF EUROPEAN PROSECUTORS (CCPE), Questionnaire for the preparation of the Opinion No. 10 of the CCPE on the relationship between prosecutors and police and/or other investigation bodies, ITALY – Answers, pag. 6, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cpe/opinions/Travaux/OP_10_Italy.pdf (9.12.2015)).

20. Доказне радње полиције у предистражном поступку

Ако полиција у предистражном поступку предузме доказну радњу, о томе ће, без одлагања, обавестити јавног тужиоца (чл. 287. ст. 1). Овлашћење да се у предистражном поступку предузме доказна радња, требало би схватити као дериват генералног овлашћења полиције да предузима мере и радње у циљу проналажења починилаца кривичних дела и обезбеђивање трагова и предмета, који могу да послуже као доказ у поступку. Због тога би и обавезе полиције, према тужиоцу, када предузима доказне радње, требало схватити у контексту одредбе чл. 286. ст. 1. ЗКП-а, тако да полиција, у року од 24 часа, јавног тужиоца обавештава о предузимању доказне радње (чл. 286. ст. 4). Докази које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи, могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка, ако су доказне радње спроведене у складу са Закоником (чл. 287. ст. 2).

21. Задржавање лица

Чланом 290. уређено је задржавање на месту извршења кривичног дела. Задржавање може да траје најдуже 6 сати. Чл. 290. Је, уз извесне стилске измене, истоветан са некадашњим чл. 231. ЗКП-а. Чини се да норма није довољно прецизна, јер није назначено од када се рачуна време задржавања, што би могло да доведе до проблема у пракси.

Полиција такође може да ухапси лице, уколико постоји разлог за одређивање притвора и у том случају га без одлагања спроводи надлежном јавном тужиоцу (чл. 291). Овлашћени полицијски службеник о томе саставља извештај, који садржи разлоге и време хапшења, а затим га доставља јавном тужиоцу. Ухапшени мора бити поучен о правима из члана 69. став 1. овог Законика.

Ако је због неотклоњивих сметњи, спровођење ухапшеног трајало дуже од осам часова, полиција је дужна да јавном тужиоцу овакво закашњење посебно образложи, о чему ће јавни тужилац сачинити службену белешку.

Према чл. 293. ЗКП-а, саслушање ухапшеног обавља јавни тужилац. Пре почетка саслушања, он је дужан је да осумњиченог поучи о његовим правима (чл. 69.) и да омогући присуство изабраног браниоца. Ако ухапшени, у року од 24 сата не обезбеди присуство браниоца, или изјави да не жели да узме браниоца, јавни тужилац је дужан да га саслуша (чл. 293. ст. 2.). Да ли овом случају саслушања ухапшеног мора да присуствује бранилац? Нема сумње да мора. Наиме, чл. 76. набраја случајеве обавезне одбране, па каже да право на обавезну одбрану (браниоца по службеној дужности) имају и задржана лица. С обзиром на то да је орган поступка дужан да остави 24 часа осумњиченом да обезбеди браниоца, када тај рок истекне, осумњичени има статус задржа-

ног лица, јер се решење о задржавању доноси и уручује у року од два сата, од када је лису саопштено да је задржано.

Ако у случају обавезне одбране (чл. 74.) ухапшени не узме браниоца у року од 24 часа, од часа кад је поучен о овом праву, или изјави да неће узети браниоца, биће му постављен бранилац по службеној дужности. Одмах по саслушању, јавни тужилац ће одлучити да ли ће ухапшеног пустити на слободу, или ће судији за претходни поступак предложити одређивање притвора. Лице ухапшено у складу са чланом 291. став 1. и чланом 292. став 1. овог Законика, као и осумњиченог из члана 289. ст. 1. и 2. овог законика, јавни тужилац може изузетно задржати ради саслушања најдуже 48 часова од часа хапшења, односно одазивања на позив.

О задржавању, јавни тужилац или полиција, по његовом овлашћењу одмах, а најкасније у року од два часа, од када је осумњиченом саопштено да је задржан, доноси и уручује решење. Нови ЗКП снижава праг сумње за задржавање на тзв. основе сумње. Према чл. 2. Законика, то су чињенице које посредно доказују да је одређено лице извршило кривично дело.

Законик у члану 294. ст. 2. наводи обавезне елементе решења о задржавању, не прописујући обавезу да се у решење о задржавању наведе законски основ за притвор, који је у конкретном случају разлог за задржавање, нити обавезује орган који саставља решење, да образложи, због чега сматра да је основ испуњен. Према томе, довољно је постојање наговештаја (основа сумње) да је неко извршио кривично дело, па да та особа, без додатних услова, буде задржана. Извесно је да је овако одређен садржај решења о задржавању, у супротности са праксом Европског суда за људска права. Суд је, наиме, становишта да драстична природа сваке мере лишења слободе, упућује на неопходност посебног образложења њене оправданости.¹⁶ **Следећи праксу Европског суда за људска права сматрамо да би у решење о задржавању, обавезно требало унети законски основ за притвор који је разлог за задржавање и посебно навести разлоге који оправдавају примену задржавања, као посебне мере у конкретном случају.**

На крају, у погледу задржавања требало би указати на то да су законотворци пропустили да одреде услове, поступак и форму одлуке којом се укида задржавање. **Пропуст, да се уреди могућност укидања задржавања, могла би у пракси да буде протумачен као обавеза јавног тужиоца да након доношења решења о задржавању предложи притвор против задржаног лица. Да би се наведена недоумица отклонила, потребно је изричито прописати форму и садржину акта којим се укида решење о задржавању.**

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

22. Закључак

Слабости ЗКП-а концепцијске нарави, његове логичке нејасноће и правно-технички недостаци, протежу се и на предистражни поступак. Основни недостатак предистражног поступка је одсуство суштинске субординације јавног тужиоца над полицијом, изостанак дисциплинске власти и кадровског утицаја јавног тужиоца на постављења у полицији. Руководећа функција јавног тужиоца у предистражном поступку ЗКП-а, према томе, није могућа без измене суштине односа између јавног тужиоца и полиције, у самом ЗКП-у, али и других прописа који садрже норме о надлежностима органа са полицијским овлашћењима. Законска редакција предистражног поступка морала би да укључи и прецизније формулисање непрецизних норми, преформулисање нејасних норми и свакако промену положаја оштећеног, кроз евентуално поновно увођење преузимања гоњења након одбацивања кривичне пријаве, или нормативни преображај приговора оштећеног у делотворно правно средство.

ИСТРАГА Законско решење, спорна питања и дилеме

1. Уводна разматрања

Основна питања реформе кривичног поступка Србије сведена су на проблематику *типа истраге* и *конструкције главног претреса*, посебно у вези улоге суда у доказном поступку, те проблематике примарно страначког или судског извођења доказа, али и на веома важно питање (*не*)*постојања*, односно *битног лимитирања начела истине у кривичном поступку*.¹⁷ Нови Законик о кривичном поступку је, са једне стране заснован на погрешној концепцији, а са друге стране, обилује и сасвим конкретним правно-техничким грешкама и омашкама.¹⁸

Погрешна концепција Законика се делимично огледа и у његовом потенцијално противуставном карактеру, а њене основне особености су: 1) елиминасање начела истине у кривичном поступку, 2) увођење јавно-тужилачке истраге,¹⁹ што је учињено на један недовољно квалитетан начин и 3) потпуно адверзијална конструкција главног претреса.

Заблуда је да јавно-тужилачка истрага подразумева адверзијални карактер главног претреса, а још је већа заблуда да сасвим једноставно и лаконски, скоро „потезом пера”, јавни тужилац може да суштински „супституише” некадашњег истражног судију. Наиме, у већини држава где је истрага јавно-др-

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

18 Више о томе: М. Шкулић и Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – један корак напред, два корака назад*, Удружење јавних тужилаца Србије, Правни факултет у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. Друго измењено и допуњено издање ове монографије под насловом: *Нови ЗКП Србије – како је пропала реформа и шта да се ради*, је у целини доступно у PDF формату на сајту Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије. Адреса за преузимање текста са сајта: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

19 Истрага је у важећем Законнику о кривичном поступку уређена у Глави XVI – чл. 295–312.

јавно-тужилачка, она је најчешће сасвим, или доминантно неформална, па далеко више „личи” на наш некадашњи преткривични поступак, него на некадашњу судску истрагу. Садашња јавно-тужилачка истрага задржава већину елемената некадашње судске истраге, али истовремено има и неке поприлично недемократске елементе, као и низ процесних механизма који је потенцијално чине неефикасном.

Не треба заборавити ни да вођење истраге у Србији, већ увелико није правило, јер не само што је једноставно могуће непосредно подићи оптужницу, већ истраге нема ни у скраћеном поступку, који је енормно „проширен”, јер се, иако је то начелно сумарна процесна форма, намењена „лакшим кривичним делима”, он сада води и за кривична дела „средње тежине”, тј. за она за која је прописана казна до осам година затвора.

2. Основне особености садашње јавно-тужилачке истраге

Истрага је фаза кривичног поступка која претходи суђењу и чија је основна сврха прикупљање доказа потребних за оптужење, или обрнуто, констатовање да нема услова за подизање оптужнице, те ни за улазак у наредну процесну фазу.²⁰ Као што је претходно објашњено, у нашем кривичном поступку је истрага једна од две „истражне” фазе, јер вођењу истраге претходи предистражни поступак.

Основне специфичности истраге у кривичном поступку Србије су:

20 Ово би морало бити типична и једина, или бар доминантна сврха истраге која је јавно-тужилачка, а као што ћемо објаснити у даљем тексту, сврха садашње истраге је чак шири него циљ некадашње судске истраге, што је апсурдно и између осталог, омогућава и веома широко одступање од начела непосредности на главном претресу, односно у каснијим фазама кривичног поступка.

1. Истрага је сврстана у надлежност јавног тужиоца, који је формално покреће наредбом;²¹
2. Против одлуке којом се покреће истрага, а то је наредба јавног тужиоца, жалба није дозвољена, што значи да је та одлука моментом доношења, како правноснажна, тако и извршна;
3. Истрага се води на нивоу релативно ниског степена сумње (најнижи Закоником дефинисан степен сумње), тј. онда када постоје основи сумње да је конкретно лице учинило кривично дело, или основи сумње да је учињено кривично дело;²²
4. Истрага се може водити, како против познатог осумњиченог, тако и у погледу непознатог учиниоца кривичног дела;
5. Истрага се води, односно, може се водити, само када се ради о кривичним делима за која се гони по службеној дужности;
6. Улога суда у истрази, тј. судије за претходни поступак, је сведена на врло ограничен број радњи, као што је одлучивање о неким мерама процесне принуде (где је посебно значајан притвор као облик лишења слободе), односно, доношење одлука које спадају у искључиву судску надлежност, попут наредбе о претресању стана, других просторија и лица, а суд има могућност и да у извесној мери делује у корист одбране у истрази, те врши и неке друге, веома лимитиране функције, у јавно-тужилачкој истрази;
7. У истрази коју формално води јавни тужилац, одређене радње доказног карактера у корист одбране могу спроводити и окривљени, као и његов бранилац, уз дужност да о томе на одговарајући начин обавесте јавног тужиоца;

21 Интересантно је запажање у нашој теорији, када се прво, уз навођење примера низа земаља које су са судске прешле на тужилачку истрагу, констатује да у теоријским расправама данас доминирају становишта о предностима тужилачке истраге, док су заговорници судског модела ретки, потом, „сучељава“ један низ аргумената присталица судске истраге (међу којима се нарочито истичу М. Грубач и Ђ. Лазин) и обрнуто – аргумената у прилог тужилачкој истрази. Судска истрага се фаворизује тврдњама да је независни суд најбољи гарант људских слобода и права, да је истражни сулија објективнији „истражитељ“ од јавног тужиоца, да не постоји ниједан међународноправни документ који фаворизује тужилачку истрагу, да нема емпијских података о томе, да је тужилачка истрага бржа од судске и томе слично, док се у прилог тужилачкој истрази, наводи адекватнији начин регулисања одговорности за неефикасну истрагу, усаглашавање са „савременим компаративним кривичнопроцесним законодавством“, превазилажење кабинетског рада истражног судије, смањење могућности непотребног понављања доказа, елиминисање „дуплог посла“ у истрази и на главном претресу, итд.

Ауторка коју цитирамо потом, износи свој став и наводи одређене концепцијске грешке тужилачког модела истраге, уведеног новим Закоником о кривичном поступку Србије из 2011. године, истичући: „Сматрамо да у овој борби аргумената, победу може однети тужилачка истрага, али само под условом, да су адекватно решена сва важна питања, која се односе на њено покретање, спровођење и окончање. Изнад свега је важно да се приликом преласка на тужилачки модел истраге, води рачуна о томе да се промененим концептом истраге морају ускладити и све друге одредбе ЗКП-у. Наш ЗКП из 2011. Године, о томе није довољно водио рачуна. Направљено је неколико основних концепцијских грешака, од којих су најтеже две: 1) истрага се сматра делом опште кривичнопроцесне форме, иако не постоје сви основни кривичнопроцесни субјекти;

2) на доказним радњама тужиоца, па чак и полиције, може се заснивати судска пресуда, услед чега су значајно поткопана начела контрадикторности и непосредности на главном претресу“. Више о томе: С. Бркић, *Кривично процесно право II*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2013, стр. 83 – 85.

22 Као што је претходно објашњено, исти најнижи процесно релевантан степен сумње је прописан и за вођење предистражног поступка, што није логично, исто као што нема логике у могућности да се онда када се обе ове „истражне“ фазе воде на нивоу истог (најнижег) степена сумње, како предистражни поступак (што би једино било оправдано), тако и истрага (што је веома чудно), могу водити и против непознатог учиниоца кривичног дела.

8. Истрага није обавезни процесни стадијум, не само зато што се она, као и раније, не води у погледу кривичних дела која су предмет скраћеног поступка, као ни када се ради о поступку према малолетницима, већ и стога, што сада јавни тужилац може, увек и без посебних формалних услова, уместо да води истрагу, подићи непосредно оптужницу, ако сматра (на темељу свог слободног уверења), да прикупљени подаци о кривичном делу и учиниоцу пружају довољно основа за оптужење.²³

3. Циљна оријентисаност и сврха истраге

Истрага се алтернативно покреће:

1. против одређеног лица, за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело, када се истрага усмерава на конкретног осумњиченог;
2. против непознатог учиниоца – када постоје основи сумње да је учињено кривично дело и када је циљ истраге, по логици ствари, између осталог, усмерен и на идентификовање осумњиченог.²⁴

То значи, да сходно новом Законику о кривичном поступку Србије постоје *два типа истраге*: 1) истрага која се води када је познат осумњичени и 2) истрага која се води у односу на „непознатог осумњиченог”, тј. против тзв. Н.Н. лица, односно непознатог „учиниоца” кривичног дела, где је наравно, по логици ствари, примаран циљ да се током истраге открије лице, коме се на нивоу основа сумње може „приписати” кривично дело, које је предмет истраге.

Није, а нарочито с обзиром на то да се и истрага и предистражни поступак воде на нивоу истог, и то процесно најнижег степена сумње, сасвим јасан критеријум за одређивање јавног тужиоца да води истрагу против непознатог учиниоца, уместо да се у таквом случају води предистражни поступак. Ово је потенцијално и извор злоупотреба и могућност вођења неке врсте „тајних” истрага.

У истрази се прикупљају следећи докази и подаци:

1. они који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница, или обуставити поступак;
2. докази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца, што се односи само на „варијанту” истраге која се води у погледу кривичног дела са непознатим учиниоцем, тј. када се у време покретања истраге не зна ко је осумњичени;

²³ Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, осмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, стр. 316.

²⁴ У даљем тексту ће се посебно објаснити и образложити да није адекватна могућност вођења формалне истраге против непознатог учиниоца кривичног дела, тј. да би у таквој ситуацији било далеко логичније да се води предистражни поступак.

3. докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу, или би њихово извођење било отежано;
4. други докази који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним.²⁵

4. Материјални и формални услов за спровођење истраге

Материјални услов за покретање и вођење истраге своди се на одговарајући степен сумње, који мора произлазити из одређених доказа. Ради се о *основима сумње*, као најнижем законски дефинисаном степену сумње, у кривичном поступку. Тај степен сумње мора постојати, било у односу на могућност, односно, одређени степен вероватноће да је конкретно лице учинило кривично дело, када се ради о истрази усмереној против познатог осумњиченог, било у погледу могућности/вероватноће да се ради о кривичном делу непознатог „учиниоца”.

Додуше и када се ради о истрази, која се (као што је претходно објашњено) сада води на нивоу *основа сумње* (дакле, релативно ниског степена сумње), могуће је да и у тој фази кривичног поступка у односу на конкретно лице, тј. осумњиченог (онда када се истрага води против познатог осумњиченог), ипак постоји *виши степен сумње*, а то је основана сумња да је учинио кривично дело. То ће бити случај када је осумњиченом у истрази одређен притвор, у погледу којег је, као и раније, неопходан услов постојање *основане сумње* да је лице учинило кривично дело, те да онда, наравно, уз испуњеност тог основног услова, постоји и неки од алтернативно прописаних разлога за одређивање те најтеже мере процесне принуде.

Предистражни поступак је заменио садашњи преткривични поступак, али је то учињено на суштински погрешан начин. Наиме и предистражни поступак, као и истрага, води се када постоји исти релативно низак степен сумње, а то су основи сумње (који је био и веома лоше дефинисан у члану 2. тачка 17.), а при том се истрага на том нивоу степена сумње може водити, како против одређеног лица, тј. онда када постоји осумњичени, тако и против непознатог учиниоца. Како се и предистражни поступак води на нивоу постојања *основа сумње* и како се он, по правилу, а посебно у неким ранијим фазама и док

25 Овако одређена сврха истраге је очигледно *преширока* и превазилази, у огромној мери, оно што би морао да буде циљ јавно-тужилачке, тј. *de facto* (једно)страначке интересе, јер би из овог законског решења произашло да јавни тужилац обезбеђује у својој (једностраначкој) истрази и оне доказе које би у каснијем току поступка могао/морао да изведе суд, па чак и низ других доказа, који нису непосредно повезани са потребом подизања оптужнице или обрнуто, одлуком да се одустане од даљег кривичног гоњења. Ово ће се још детаљније објаснити у даљем тексту, уз суштинску напомену да тако „широко” одређени циљ може донекле да има једино судска истрага, а никако не истрага која је поверена јавном тужиоцу, а нарочито када такав тип истраге у исто време, потпуно онемогућава било какво доказно ангажовање одређеног облика судске функционалне надлежности.

се кривично дело тек разјашњава, води у односу на непознатог учиниоца, јер његова сврха, поред осталог и јесте откривање осумњиченог, која је онда сврха омогућавања, да се истрага такође може водити против непознатог учиниоца кривичног дела, онда када постоје основи сумње да је учињено кривично дело? Овде је такође грешка, што се не означава, да се мора радити о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.

Формални услов за спровођење истраге своди се на неопходност доношења одговарајуће одлуке, а то је *наредба јавног тужиоца*, која мора имати и одређени, Закоником прописани садржај, који се донекле разликује, зависно од типа истраге, тј. с обзиром на то да ли се ради о истрази усмереној против познатог осумњиченог, или о истрази у погледу непознатог „учиниоца” кривичног дела. Поред тога, уз тај основни формални услов морају се испунити и одређени други услови, везани за одређене рокове, те однос јавног тужиоца и полиције у истрази.

Истрага се покреће наредбом надлежног јавног тужиоца. Таква одлука се доноси пре, или непосредно после прве доказне радње, коју су предузели јавни тужилац или полиција, у предистражном поступку (примарни рок фактичког карактера), а најкасније у року од 30 дана, од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела (секундарни и максимални формални рок). Оба наведена рока су инструктивног карактера.

Наредба о спровођењу истраге садржи следеће *елементе*: 1) личне податке осумњиченог, ако је познат, што значи да су такви подаци обавезан елемент наредбе о спровођењу истраге, само онда када се ради о истрази против познатог осумњиченог, док наравно, таквих података неће бити у наредби која се односи на „други тип истраге”, тј. истрагу у погледу кривичног дела непознатог „учиниоца”; 2) опис дела из кога произлазе законска обележја кривичног дела; 3) законски назив кривичног дела; 4) околности из којих произлазе основи сумње.

Наредба о спровођењу истраге доставља се осумњиченом и његовом браниоцу, ако га има, заједно са позивом, односно, обавештењем о првој доказној радњи којој та лица могу присуствовати, односно, чијем спровођењу имају право да присуствују. Ако се у току истраге против непознатог учиниоца, накнадно утврди његова истоветност, јавни тужилац ће допунити наредбу о спровођењу истраге, тако што ће у њу унети личне податке осумњиченог, те ће потом осумњиченом и браниоцу, ако га осумњичени има, доставити наредбу о спровођењу истраге, уз коју доставља и позив, односно обавештење о првој доказној радњи којој та лица могу присуствовати. Истовремено са достављањем наредбе о спровођењу истраге осумњиченом и његовом браниоцу, јавни тужилац ће обавестити оштећеног о покретању истраге и поучити га о правима која има у кривичном поступку, односно поводом покретног кривичног поступка.

5. Потенцијална неуставност немогућности побијања одлуке о покретању истраге жалбом

Према одредби члана 32. став 1. Устава Републике Србије (*право на правично суђење*), свако има право да независан, непристрасан и законом већ уставновљен суд, правично и у разумном року, јавно *расправи* и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега.

Дакле, уставно је право грађанина, тј. Окривљеног, против којег се води кривични поступак, да суд **расправи** о основаности сумње, односно о оптужби против њега, а не да се о томе **пред судом расправља**, као што је то, у основу решено у новом Законнику о кривичном поступку Србије.

Стога су **неуставне** све кључне одредбе овог Законика, којима је конструисан стриктно адверзијални кривични поступак, односно доказивање примарно пренесено на странке, а суд максимално искључен из њега.

Претходно објашњена неуставност се односи на стриктно адверзијалну конструкцију главног претреса, уз максимално лимитирање доказне улоге суда, који тако, супротно одредби члана 32. став 1. Устава Србије, нема прилику да расправи о оптужби, али се чини да је противуставна и концепција истраге у новом Законнику о кривичном поступку. Наиме, истрага је сада јавно-тужилачка, те се покреће наредбом, али без могућности да суд у одређеном функционалном облику (то би у контексту новог ЗКП-а, могао бити судија за претходни поступак), одлучи о *основаности сумње*, која је била разлог за покретање кривичног поступка, а одредбом члана 32. став 1. Устава Републике Србије, се између осталог сваком гарантује да суд *расправи* и о *основаности сумње која је била разлог за покретање поступка*. Ово је посебно упадљиво у контексту нове законске регулативе, која се односи на формално одређивање тренутка, како започињања кривичног поступка, тако и отпочињања кривичног гоњења, што не само да се утврђује на погрешан начин, већ се што је веома чудно и тешко се може логички објаснити, разликују моменат када започиње кривично гоњење, од тренутка када почиње кривични поступак.²⁶

26 Више о томе: М. Шкулић, *Противуствани карактер новог Законика о кривичном поступку Србије*, Правни живот – часопис за правну теорију и праксу, Удружење правника Србије, број 9, Београд, 2012, стр. 767 – 784.

6. Необавезност истраге и надлежност за њено спровођење

Истрага није обавезни процесни стадијум, јер не само што ње нема у посебним кривичним поступцима, као што су скраћени поступак и поступак према малолетницима, већ се ни у погледу кривичних дела, за која се иначе води општи кривични поступак, не мора увек пре оптужења спроводити истрага, пошто јавни тужилац, свакако и без посебних услова, може да поднесе непосредну оптужницу.

Истрагу спроводи надлежни јавни тужилац, а законом се може одредити једно јавно тужилаштво у коме ће се за подручје више јавних тужилаштава спроводити истрага (истражни центар).

Јавни тужилац предузима доказне радње, по правилу, само на подручју надлежности суда пред којим поступа, а ако интерес истраге захтева он може поједине доказне радње предузети и ван подручја овог суда, али је дужан да о томе обавести јавног тужиоца, који поступа пред судом на чијем подручју предузима доказне радње. Ако је јавном тужиоцу потребна помоћ полиције (форензичка, аналитичка и др.), или других државних органа у вези са спровођењем истраге, они су дужни да му, на његов захтев, ту помоћ пруже. Јавни тужилац може поверити полицији извршење појединих доказних радњи, у складу са одредбама Законика о кривичном поступку. На захтев јавног тужиоца, правно лице је дужно да пружи помоћ за предузимање доказне радње која не трпи одлагање.

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

7. Присуство одређених лица доказним радњама у истрази

Јавни тужилац је дужан да браниоцу осумњиченог упутити позив да присуствује саслушању осумњиченог, односно, да осумњиченом и његовом браниоцу упутити позив, а оштећеног обавести о времену и месту испитивања све-дока или вештака.

Изузетно, од општег правила о позивању осумњиченог и браниоца, чиме се омогућава њихово присуствовање доказним радњама у истрази, у поступцима за кривична дела, за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, јавни тужилац може испитати сведока и без позивања осумњиченог и његовог браниоца да присуствују испитивању, ако оцени да њихово присуство може утицати на сведока. Ако је поступљено на овај начин, судска одлука се не може заснивати искључиво, или у одлучујућој мери, на том исказу сведока. У питању је норма којом се потенцијално одступа од права на правично суђење, нарочито ако се има у виду да се на овај начин осумњичени и бранилац од стране јавног тужиоца посматрају као могући „деструктивни” фактори, у односу на исказивање сведока, а да при томе, такав исказ сведока може да се, путем читања записника о њему, под одређеним условима користи и на главном претресу, када се одступа од начела непосредности у објективном смислу. Аномалије овог законског решења су само донекле умањене правилом да исказ сведока, до којег се дошло и без позивања осумњиченог и његовог браниоца да присуствују испитивању, има само „лимитирани” доказни значај, при чему овде није сасвим јасна формулација по којој се судска одлука не може заснивати „у одлучујућој мери” на таквом исказу, јер се ту у основи ипак ради о „каучук” норми, подложној и веома екстензивним тумачењима.

Осумњичени, његов бранилац и оштећени могу да присуствују увиђају. Право ових лица да присуствују увиђају је безусловно, али нема никаквих процесних последица ако та лица увиђају не присуствују, без обзира на то да ли су обавештена о увиђају којем могу да присуствују (што је дужност надлежног јавног тужиоца), или о томе нису обавештена, независно од разлога због којих нису обавештени. Наравно, ово долази у обзир само када се ради о спровођењу увиђаја у истрази која се води против познатог осумњиченог.

Ако осумњичени има браниоца, јавни тужилац ће, по правилу, када се ради о радњама у погледу којих се позивају, односно обавештавају и осумњичени и бранилац, позивати односно, обавештавати само браниоца. Ово правило, такође, донекле може бити и неправично, јер не треба заборавити да је ипак осумњичени изворно, што значи и онда када има браниоца, у функцији одбране, из чега произлази, да би у пракси, из разлога правичности, увек када је то објективно могуће, било потребно позивати, односно обавештавати, не само браниоца, већ и самог осумњиченог. Ако је осумњичени у притвору, а доказна радња се предузима ван седишта суда, јавни тужилац ће одлучити да ли је потребно присуство осумњиченог.

Јавни тужилац је дужан да стручног саветника обавести да може да присуствује вештачењу. Улога стручног саветника је да на изванредан начин „контролише” вештачење, које обавља лице, коме је то наредбом за вештачење официјелно поверено, што је нека врста „расправности” у погледу ове доказне радње.

Ако позив осумњиченом и његовом браниоцу није достављен у складу са законским правилима, као и ако се истрага води против непознатог учиниоца, јавни тужилац може предузети испитивање сведока или вештака, само по претходном одобрењу судије за претходни поступак. Овде судија за претходни поступак има одговарајућу контролну функцију, у односу на поступање јавног тужиоца у истрази, када је реч о конкретним доказним радњама.

Присуство позваних, односно обавештених лица, није обавезни услов за спровођење конкретне доказне радње, осим када се ради о радњама у вези с којима је присуство одређеног лица апсолутна процесна претпоставка, као када је реч о саслушању осумњиченог, у погледу којег постоји разлог за обавезну стручну одбрану. Ако лице коме је упућен позив, односно обавештење о доказној радњи, није присутно, радња се може предузети и у његовом одсуству.

Лица која присуствују доказним радњама могу предложити јавном тужиоцу да ради разјашњења ствари постави одређена питања осумњиченом, сведоку или вештаку, а по дозволи јавног тужиоца, питања могу постављати и непосредно. Ова лица имају право да захтевају да се у записник унесу и њихове примедбе у погледу предузимања појединих радњи, а могу и предлагати прикупљање појединих доказа.

Ради разјашњења појединих техничких или других стручних питања, која се постављају у вези са прибављеним доказима, или приликом саслушања осумњиченог, као и предузимања других доказних радњи, јавни тужилац може затражити од стручног лица одговарајуће специјалности, да му о тим питањима да потребна објашњења. Ако су приликом давања објашњења присутни осумњичени или бранилац, они могу тражити да то лице пружи ближа објашњења. У случају потребе, јавни тужилац може тражити објашњења и од одговарајуће стручне установе.

8. Основни облици деловања у корист одбране током истраге јавног тужиоца

Јавни тужилац би, као државни орган, а не само странка, свакако морао да води рачуна и о интересима одбране током спровођења истраге, која је сврстана у његову надлежност. На то га формално обавезује и Законик, формулисањем дужности јавног тужиоца да непристрасно разјасни сумњу о кривичном делу и да са једнаком пажњом испитује чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист (члан 6. став 4.).

Поред овога, у Законнику се установљавају и неки специфични облици деловања у корист одбране, током истраге коју води јавни тужилац. То су: 1) прикупљање доказа и материјала у корист одбране и 2) предузимање доказних радњи у корист одбране.

8.1. Прикупљање доказа и материјала у корист одбране

Активност субјектата у функцији одбране, током истраге коју спроводи јавни тужилац, представља неку врсту „паралелне истраге”, што наравно, није законски термин, већ представља вид теоријског објашњења. Таква „истражна” активност одбране у истрази јавног тужиоца је, наравно, могућа само када се ради о истрази која је усмерена против познатог осумњиченог. Поред тога, ту се ипак не ради о правој „истрази” друге странке, јер осумњичени као субјект у функцији одбране, нема дужност да се брани, па самим тим ни да било шта „истражује”, а на њега се односи и претпоставка невиности, која такође подразумева да супротна странка треба да доказује оптужбу, а не окривљени своју невиност, што има своје реперкусије и у истрази, без обзира на то што ту нема формалне оптужбе.²⁷

Понекад се наводи, да тзв. паралелна истрага постоји у САД и у другим државама англосаксонског правног подручја, али то једноставно није тачно. Тамо конкретно, уопште нема било какве званичне, односно формалне истраге, већ истрагу у облику онога што је код нас преткривични поступак, сасвим неформално води полиција, а окривљеном, ако уопште и сазна да је под истрагом (јер истрага тамо није јавна) и по том сазнању (а то ће по правилу, бити случај тек када га саслушају као осумњиченог), нико не брани да ако то може и уме, или има финансијских средстава за ангажовање приватног детектива, сам води неку сопствену „истрагу”. Међутим, ништа из те „истраге” не може да се користи као доказ на суђењу, исто као што уосталом, ни било шта друго из полицијске истраге, осим материјалних доказа, као и исказа осумњиченог, може да се користи на поротном суђењу. Ни код нас раније није било никаквих законских препрека да се ангажује приватни детектив, током некадашњег преткривичног поступка или судске истраге, као и иначе, током кри-

27 Концепт тзв. паралелне истраге је суштински и из других разлога, а не само са становишта деловања претпоставке невиности и непостојања дужности окривљеног да се брани, прилично споран. Овде треба посебно имати у виду и случај са окривљеним који се фактички налази у притвору. Наиме и он би у складу са чланом 301. Законика, имао право да прикупља доказе и материјале у прилог своје одбране, а како би притворени окривљени то своје право реално могао да оствари, када не само што је лишен слободе, тј. притворен, већ се неки од формулисаних разлога за притвор у Законнику управо тичу опасности од доказне опструкције, услед деловања окривљеног, који би био на слободи, као када је у питању одређивање притвора због колузионе опасности, или када се ради о постојању околности које указују да ће окривљени уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе. Коначно, концепт тзв. паралелне истраге може донекле да се схвати и као скуп „празних” и „голих” норми, односно права која суштински у пракси не користе одбрани. Наиме, ради се о правима која су, иако раније формално стриктно непрописана, увек фактички могла да се остваре, али при том сада и уз наметање посебних обавеза одбрани, какве раније нису постојале. То значи да се „давање” неких нових „права”, у ствари своди на формулисање сасвим нових дужности. Наиме, одувек су осумњичени и његов бранилац могли и током раније постојеће судске истраге, или некадашњег преткривичног поступка, да разговарају са било којим лицем, ако оно на то пристане, или да улазе у нечији стан, ако држалац стана то дозволи и сл. Никада то није било забрањено, без обзира што у раније важећем ЗКП-у, то није било изричито прописано, али се сада уз посебно дозвољавање онога што би и иначе, било могуће, а што при том, ни на који начин није забрањено, тиме у ствари, уводи нова и раније непостојећа дужност, а то је, да се о резултатима таквих активности у функцији одбране, на одговарајући начин обавести јавни тужилац. Додуше, за пропуштање такве дужности није прописана било каква санкција, што практично значи, да се обавеза „одбране”, тј. окривљеног и његовог браниоца, да о прикупљаним доказима и материјалима, обавесте јавног тужиоца и да му пре завршетка истраге омогуће разматрање спписа и разгледање предмета који служе као доказ, своди на ствар њихове „добре воље”.

вичног поступка, али све што би он учинио, не би имало било какву формално-доказну вредност.

У новом типу истраге не постоји оптужни акт, јер се истрага води на основу одлуке (наредбе) јавног тужиоца, а не суда, као што је то некада био случај, када је истражни судија истрагу започињао решењем о спровођењу истраге, које се доносило, уколико би се усвојио захтев јавног тужиоца за спровођење истраге, што је био посебан оптужни акт у тој процесној фази. Међутим, без обзира на то, што у новом типу истраге више нема оптужног акта и у таквој истрази постоји *оптужба у материјалном смислу*, самим тим што се наредба за спровођење истраге доноси када постоје основи сумње да је осумњичени учинио кривично дело, што наравно важи само када је истрага усмерена против познатог осумњиченог. Из овога произлази и постојање права на одбрану осумњиченог у истрази коју води јавни тужилац, а законодавац је то конкретизовао и давањем могућности, да осумњичени и бранилац могу током истраге прикупљати доказе и материјале у корист одбране. Ради се само о *могућности*, а не и о *дужности* одбране.

Осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјале у корист одбране, а у циљу остваривања тог овлашћења осумњичени и његов бранилац имају право:

1. да разговарају са лицем које им може пружити податке корисне за одбрану и да од тог лица прибављају писане изјаве и обавештења, уз његову сагласност, осим када се ради о оштећеном, или о лицима која су већ испитана од стране полиције, или јавног тужиоца;
2. да улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или просторе повезане са станом, уз пристанак њиховог држаоца;
3. да од физичког или правног лица преузму предмете и исправе, и прибаве обавештења којима оно располаже, уз његову сагласност, као и уз обавезу да том лицу издају потврду са пописом преузетих предмета и исправа.

Писана изјава и обавештење које је одређено лице дало осумњиченом или браниоцу, *немају сами по себи никакав посебни доказни значај*, што значи да се одлука суда не може заснивати на таквој изјави, односно обавештењу, нити тај облик комуникације са одређеним лицем које даје изјаву или обавештење осумњиченом или браниоцу, има значај сведочења, односно исказа сведока. Ради се о потпуно неформалном „материјалу”, без непосредног доказног значаја, који се од стране окривљеног и његовог браниоца може користити једино у крајње лимитиране сврхе: 1) у току испитивања сведока, или 2) ради провере веродостојности исказа сведока, односно, 3) за доношење одлуке о испитивању одређеног лица, као сведока од стране јавног тужиоца, или суда. Само би одређени материјални докази, до којих би дошли субјекти који су у функцији одбране, тј. предмети и исправе, могли у кривичном поступку да имају непосредан доказни значај, али ни тада не аутоматски, већ тако што би

се, било у самој истрази, било у каснијем току поступка спровео увиђај, у односу на такве материјалне доказе, те о томе направио записник, односно, на други доказно подобан начин регистровао спроведени увиђај на предметима.

За сваки облик деловања осумњиченог или браниоца у истрази, у корист одбране, неопходна је сагласност лица од којих се прибављају одређени докази (предмети, или исправе), односно материјали, као што су писане изјаве или обавештења. Субјекти који су у функцији одбране немају никакав процесно-правни адекватан начин, односно процесни механизам да лица од којих намеравају да прибаве доказе или материјале, „принуде” на „сарадњу” тог типа, ако та лица то једноставно не желе. Тада би, као једина могућност, остао други облик деловања у корист одбране током истраге, а то је предузимање доказних радњи од стране јавног тужиоца, а на иницијативу осумњиченог или браниоца и евентуално (ако такву иницијативу примарно не прихвати јавни тужилац), по одлуци судије за претходни поступак.

8.2. Предузимање доказних радњи у корист одбране

Предузимање доказних радњи у корист одбране представља други формални облик деловања у корист одбране, током истраге јавног тужиоца. За разлику од претходних могућности тзв. паралелне истраге, где одређене радње (додуше, без формалног доказног кредибилитета), спроводе сами субјекти који су у функцији одбране, тј. осумњичени и бранилац, овде се ради о радњама које у корист одбране врши субјект, који свакако спроводи истрагу, а то је јавни тужилац. До овога примарно долази на иницијативу субјектата, који су у функцији одбране у истрази, а супсидијарно је, осим такве иницијативе, потребан и захтев судији за претходни поступак, као и његов позитиван став у односу на такав захтев, до чега долази ако се јавни тужилац „оглуши” о примарну доказну иницијативу субјектата, који су у функцији одбране, а судија за претходни поступак оцени да је таква иницијатива оправдана. Овде се, за разлику од претходно објашњеног облика деловања у корист одбране током истраге (прикупљање доказа и материјала у корист одбране), где је у питању неформална активност, која сама по себи није од доказног значаја, ради о доказним радњама које се спроводе у складу са свим формалним захтевима садржаним у ЗКП-у и које самим тим, начелно могу остваривати доказни кредибилитет у кривичном поступку, те се на њима може заснивати и одлука суда.

Овакав законски механизам, тј. могућност предузимања доказних радњи у корист одбране, је у ствари својеврсни *коректив* у односу на оцену јавног тужиоца, да ли је у конкретном случају потребно вршити одређене доказне радње, које би могле резултирати одговарајућим позитивним ефектом за одбрану, што би формално посматрано, јавни тужилац свакако морао да учи-

ни.²⁸ Наиме, јавни тужилац има општу законску дужност, да како током истраге, тако и током целокупног тока кривичног поступка, делује на начин који омогућава да се непристрасно разјасни сумња о кривичном делу, које је предмет поступка, те је јавни тужилац уз то и посебно дужан да са једнаком пажњом испитује, како чињенице које терете окривљеног, тако и оне чињенице које окривљеном иду у корист (члан 6. став 4.).

До предузимања доказних радњи у корист одбране, у истрази долази на два начина, односно, у *два могућа процесна облика*: 1) према примарном процесном механизму и 2) према супсидијарном процесном механизму, који подразумева и активирање суда у одређеном функционалном облику.

Према *примарном процесном механизму* доказног активирања јавног тужиоца у корист одбране у истрази, потребно је да субјекти, који су у функцији одбране, упуте конкретан доказни предлог јавном тужиоцу, те да јавни тужилац усвоји такав предлог, односно, поступи у складу са њим и спроведе предложену доказну радњу. Ако осумњичени и његов бранилац сматрају да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме. Уколико јавни тужилац прихвати такав предлог, он ће спровести доказну радњу која је била предложена.

До предузимања доказних радњи у истрази према *супсидијарном процесном механизму*, долази на основу одлуке судије за претходни поступак, онда када он усвоји предлог субјеката у функцији одбране, а у односу на који се претходно оглушио јавни тужилац, што се алтернативно испољава у два облика: 1) *изричито* – када је јавни тужилац одбио доказни предлог одбране, или 2) *прећутно* – уколико се јавни тужилац у одређеном року уопште није изјаснио о предлогу одбране.

Ако јавни тужилац одбије предлог за предузимање одређене доказне радње, или о предлогу не одлучи у року од осам дана, од дана подношења предлога, осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак, који одлуку о томе доноси у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак усвоји предлог осумњиченог и његовог браниоца, наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредити му рок за то. Јавни тужилац би био дужан да спроведе доказну радњу, када му то „наложи” судија за претходни поступак, али се овде ипак, у основи ради о инструктивном законском механизму, јер законодавац није предвидео никакве процесне последице, уколико се јавни тужилац оглуши о одлуку судије за претходни пос-

28 Иначе, било би адекватно, да се у изменама Законика о кривичном поступку омогући и одговарајуће доказно ангажовање суда у истрази, коју води јавни тужилац, онда када је потребно одговарајуће судско обезбеђење доказа, тј, када се ради о доказима за које постоји вероватноћа или опасност (на пример, стара лица као сведоци, оштећени који је животно угрожен услед кривичног дела и сл.), да се такав доказ неће моћи поновити на главном претресу, као и када одређену радњу у корист одбране, јавни тужилац не жели да предузме, или то чини на неадекватан начин. Таква могућност је оправдана, јер се тако обезбеђује начелно доказ вишег степена доказног кредибилитета, а с друге стране, практично сва европска кривичнопроцесна законодавства, у којима је истрага у надлежности јавног (државног) тужиоца, познају сличне могућности за ангажовање одговарајућег облика судске функционалне надлежности.

тупак, нити ако (што би се у пракси чешће могло очекивати), наложену доказну радњу обави без неког посебног „ентузијазма”, тј. аљкаво, неефикасно, површно и слично, што се наравно, по логици ствари може и очекивати, јер се овде ради о активностима на које је јавни тужилац фактички „принуђен”, а које је он примарно сматрао непотребним.

9. Узајамно упознавање са прикупљеним доказима у истрази и „паралелној” истрази

Обе странке (иако је питање да ли у истрази постоје праве процесне „странке”) имају дужност узајамног упознавања са прикупљеним доказима, односно, када је реч о активностима одбране током истраге јавног тужиоца, са материјалима који имају извештај доказни значај. Ово представља облик деловања начела контрадикторности и у самој истрази, али не у пуној мери, јер се докази и „материјали”, којима странке располажу не презентирају суду, као што је то типично када се ради о деловању начела расправности на главном претресу, већ странке, као и бранилац, узајамно упознају једна другу са доказима и „материјалима”, до којих су дошли током јавнотужилачке истраге. У питању је, у ствари, процесни механизам који, с једне стране представља елемент права на правично суђење, јер одбрани омогућава да процесно и у тој „раној” фази кривичног поступка „парира” доказима јавног тужиоца, а са друге стране има сасвим практичан значај и за јавног тужиоца, да се онда, када на пример, одбрана располаже доказима и материјалима који „руше” оптужбу, омогући јавном тужиоцу да „коригује” своју оптужбу, одустане од кривичног гоњења и сл. Са друге стране, као што смо то претходно већ објаснили, питање је шта одбрана заиста „добија” када јој се даје могућност неформалног деловања у истрази јавног тужиоца (што би у ствари, било могуће и без изричите законске норме којом је то регулисано), али се уз ту могућност уводи и обавеза одговарајуће „сарадње” са јавним тужиоцем, односно супротном „странком”, у смислу, да јавни тужилац мора бити обавештен о свему до чега је одбрана дошла током истраге.

Јавни тужилац је дужан да осумњиченом који је саслушан и његовом браниоцу омогући да у року, довољном за припремање одбране, размотре списе и разгледају предмете који служе као доказ. У случају да је више лица осумњичено за кривично дело, разматрање списка и разгледање предмета, који служе као доказ, може се одложити, док јавни тужилац не саслуша последњег осумњиченог који је доступан. Након разматрања списка и разгледања предмета, јавни тужилац ће позвати осумњиченог и његовог браниоца да у одређеном року ставе предлог за предузимање одређених доказних радњи.

Осумњичени који је саслушан и његов бранилац дужни су да, по прикупљању доказа и материјала у корист одбране, обавесте јавног тужиоца о томе и да

му пре завршетка истраге, омогуће разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ. Ова норма је у основи *инструктивног карактера*, јер није прописана било каква процесна консеквенца за супротно поступање.

Са друге стране, није ни логично да окривљени, а нарочито с обзиром и на дејство претпоставке невиности, те његово опште право на одбрану, које подразумева и могућност потпуне процесне неактивности, јавног тужиоца обавештава о доказима и „материјалима” које је прикуптио, а који би га *теретили*. То наравно, важи и за браниоца, који је и у складу са својом професионалном етиком, дужан да предузима једино активности које користе његовом браниоци и свакако се у демократској и правној држави не сме претварати у „помоћника” или „сарадника” јавног тужиоца.

Јавни тужилац ће одлучити о завршетку истраге, онда када по логици ствари сам више не сматра потребним да се предузме било која нова доказна радња у истрази, а при том су кумулативно испуњени још и следећи услови: 1) субјекти који су у функцији одбране, тј. осумњичени и бранилац, нису упутили предлог да јавни тужилац предузме одређене доказне радње, или су то предложили, али је такав предлог одбијен и 2) осумњичени и његов бранилац нису прикупљали доказе и материјале током истраге, или су то чинили, али о томе нису обавестили јавног тужиоца.

10. Чување тајне у истрази, процесне санкције и приговор због неправилности

Истрага ни иначе, начелно, није јавног карактера, као што је то, по правилу, основна процесна фаза, тј. главни претрес, као „суђење” у ужем смислу, иако наравно, јавност из низа Законом дефинисаних разлога може бити искључења у потпуности или делимично и током одржавања главног претреса. Мада се, дакле, у истрази не испољава начело јавности на његов класичан начин, јавност по правилу, као што је то, на пример случај са подацима који се пласирају путем средстава јавног информисања, има прилику да се упозна са низом елемената конкретних истрага, што се наравно, примарно односи на истраге које се воде против познатих осумњичених. У циљу заштите одређених вредности, законодавац прописује и одређени механизам чувања тајне у истрази, када се и иначе веома ограничено дејство начела јавности у истрази, још додатно лимитира. То се наравно, не чини у односу на истрагу као комплетни процесни стадијум (јер у истрази и иначе, нема класичне јавности), већ само у односу на конкретне доказне радње које се врше у оквиру истраге, односно, увид у конкретне доказе фиксиране у списима, у погледу којих одређена лица имају право разгледања.

Орган поступка који предузима доказну радњу, наредиће лицима која саслушава, односно испитује, или која присуствују доказним радњама, или разгле-

дају списе истраге, да чувају као тајну одређене чињенице, или податке које су том приликом сазнала и упозориће их да одавање тајне представља кривично дело, у складу са законом, када је то неопходно ради заштите, из неког од следећих алтернативно прописаних добара: 1) интереса националне безбедности, 2) јавног реда и морала, 3) интереса малолетника, 4) приватности учесника у поступку, или 5) других оправданих интереса у демократском друштву.²⁹

Наредба којом се одређеним лицима налаже да чувају конкретне чињенице, односно податке сазнате у истрази као тајну, уноси се у записник о доказној радњи, односно, бележи се на списима који се разгледају, уз потпис лица које је упозорено. Сврха оваквог формалног упозорења, уз такође формалну потврду лица које је упозорено, путем својеручног потписа, јесте да се отклони могућност евентуалног позивања на правну заблуду лица, које би, супротно својој обавези, одало тајну из истраге, а чиме би у ствари учинио и одговарајуће кривично дело.

Спровођење доказних радњи током истраге, а којима осим службених актера кривичног поступка могу да присуствују и одређена друга лица, која сходно Законнику имају право присуствовања таквим радњама, подразумева и поштовање реда, односно одговарајућу процесну дисциплину. У циљу очувања реда у истрази, чиме се у ствари стварају услови за успешно спровођење конкретне доказне радње, у Законнику се прописују и одређене казнене мере у односу на лица која крше процесну дисциплину. Тада се реагује на два начина: 1) *примарно* – опоменом, што спада у надлежност јавног тужиоца и 2) *супсидијарно*, ако примарно реаговање није дало резултат – одговарајућом санкцијом суда. То значи да ће јавни тужилац, лице које за време предузимања доказне радње нарушава ред, прво опоменути, а ако опоменуто лице настави да нарушава ред, суд га може новчано казнити до 150.000 динара. Против решења о новчаном кажњавању може се изјавити жалба која нема суспензивно дејство, а о њој одлучује ванпретресно веће. Такође, ако учешће лица које нарушава ред током спровођења доказне радње у истрази, није неопходно, оно може бити удаљено са места где се предузима доказна радња.

Осумњичени и његов бранилац могу одмах по сазнању, а најкасније до завршетка истраге, поднети приговор непосредно вишем јавном тужиоцу због одуговлачења поступка и других неправилности у току истраге. Непосредно виши јавни тужилац ће у року од осам дана, од дана прије-

29 Овако дефинисани разлози за чување тајне у истрази се свде на разлоге из којих је свакако могуће искључити јавност на главном претресу, а како истрага ни иначе није јавна, они су заправо део њих, мање сторни, него када се ради о изузетку од начела јавности током одржавања главног претреса. Наиме, према члану 32. став 3. Устава Србије (норма која је сегмент *права на правично суђење*), јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника, или приватности учесника у поступку, у складу са законом. Дакле, у Уставу Србије се говори о *јавном реду и моралу у демократском друштву*, а у ЗКП-у (што је потенцијално *противуствано*) се овај **један разлог вештачки дели на два**, од којих је један нека врста „каучук” **норме** – „други оправдани интереси у демократском друштву”.

ма приговора, донети решење о одбијању, или усвајању приговора. Против овог решења јавног тужиоца нису дозвољена посебна правна средства, тј. не могу се изјавити ни жалба, ни приговор. Решењем којим усваја приговор, јавни тужилац ће издати обавезно упутство надлежном јавном тужиоцу да отклони утврђене неправилности у току истраге. С обзиром на постојећи хијерархијски однос између нижег и вишег јавног тужиоца, сходно којем виши јавни тужилац и иначе контролише рад нижег јавног тужиоца, уз могућност да му издаје обавезна упутства и у односу на конкретан случај, наведени формални механизам одлучивања вишег јавног тужиоца, поводом приговора због неправилности у истрази, практично је у одређеној мери сувишан. Наиме, и да нема таквог механизма, виши јавни тужилац би свакако могао да отклања неправилности у истрази коју води нижи јавни тужилац, без обзира на то да ли би о таквим неправилностима био формално обавештен од стране лица која имају одређену улогу у истрази, или су заинтересована за исход истраге, начин њеног вођења и слично (а то би, осим осумњиченог и браниоца, могла да буду и друга лица, као на пример оштећени), или би сам, тј. захваљујући редовној контроли рада нижег јавног тужиоца, дошао до сазнања о евентуалним неправилностима у истрази.

Механизам отклањања неправилности у истрази је *примарно* усмерен на вишег јавног тужиоца, али *супсидијарно*, постоји и могућност одговарајуће судске контроле. У случају да приговор због одуговлачења у истрази и других неправилности буде одбијен, осумњичени и његов бранилац могу у року од осам дана, од пријема решења о одбијању приговора, поднети притужбу судији за претходни поступак, а ако судија за претходни поступак оцени да је притужба основана, наложиће да се предузму мере за отклањање неправилности. Слично, као што је то претходно већ објашњено, у погледу активирања судије за претходни поступак, на захтев осумњиченог и његовог браниоца, када судија може наложити јавном тужиоцу да предузме одређену доказну радњу у корист одбране и овакав механизам је у основи *инструктивног* карактера.

Иначе, приговор против неправилности у истрази, иако по логици ствари није некакав ефикасан процесни механизам, што такође важи и за неку врсту „правног лека“ против одлуке о приговору, тј. притужбу, могу у пракси да послуже и за одуговлачење истраге, јер законодавац ни на који начин не ограничава број улагања приговора, чак ни у односу на исто, односно неко претходно већ решено питање. У пракси се већ уочава, да се приговор, а у вези с њим и притужба судији за претходни поступак, користе и у такве сврхе, тј. ради „опструисања“ истраге, односно, у циљу одуговлачења кривичног поступка.

11. Циљна усмереност истраге и њено проширење

Циљно усмерење истраге се дели на: 1) субјективно, тако што се односи само на конкретно лице – осумњиченог и 2) објективно, тиме што се тиче само конкретног кривичног дела. То значи да се истрага спроводи само у погледу осумњиченог и кривичног дела на које се односи наредба о спровођењу истраге.

Наравно, када је реч о субјективној усмерености истраге, правило по којем се истрага спроводи само у погледу конкретног осумњиченог важи једино када се ради о истрази против познатог осумњиченог и када се у наредби о спровођењу истраге изричито наводе и подаци о осумњиченом, јер као што је то претходно већ објашњено, истрага се може водити и против непознатог осумњиченог. Ако се у току истраге покаже да поступак треба проширити на неко друго кривично дело, или против другог лица, јавни тужилац ће наредбом проширити истрагу, а у погледу проширења истраге важе опште законске одредбе које се односе и на покретање и спровођење истраге.

12. Прекид истраге

Постоје два вида прекида истраге: 1) обавезни прекид и 2) факултативни прекид.

Истрага се *обавезно прекида*, ако постоји неки од алтернативно прописаних разлога: 1) разлог који се односи на *процесну неспособност* лица против којег се истрага води – када код осумњиченог после учињеног кривичног дела наступи душевно обољење, душевна поремећеност или каква друга тешка болест, због које не може учествовати у поступку, што је могуће само када се ради о истрази усмереној против познатог осумњиченог; 2) разлог који се своди на деловање *привремених сметњи* за кривично гоњење – уколико нема предлога оштећеног, или одобрења надлежног државног органа за гоњење, као и уколико се појаве друге околности које привремено спречавају гоњење.

До *факултативног прекида* истраге долази из одређених разлога који се тичу *недоступности* осумњиченог, у одређеном будућем временски „неизвесном” периоду, до чега може доћи, било захваљујући активном „избегавању поступка” од стране осумњиченог (када је у бекству или се крије), било услед тога, што се једноставно не зна где борави осумњичени, или он из одређених разлога (на пример, налази се у држави која одбија да га изручи) није достижан нашим државним органима, а што некада у пракси може бити и вид бекства, односно скривања осумњиченог. То значи да се истрага може прекинути из следећих алтернативно прописаних разлога: 1) ако се не зна боравиште осумњиченог, 2) уколико је осумњичени у бекству, или иначе није достижан државним органима.

Истрага се прекида наредбом јавног тужиоца, који ће, пре него што такву одлуку донесе, прикупити све доказе о кривичном делу осумњиченог, до којих се може доћи. Ако је истрага прекинута због бекства осумњиченог, или његове недостижности државним органима, јавни тужилац ће предложити да се према осумњиченом одреди притвор.

Прекид истраге не представља њено окончање, већ се своди на привремени *застој* у спровођењу истраге, па стога кад престану сметње које су проузроковале прекид, јавни тужилац наставља истрагу.

13. Окончање и допуна истраге

Истрага се *окончава на два начина*:

1. *обуставом истраге*, што представља вид окончања кривичног поступка и своди се на својеврсни „неуспех оптужбе”, односно, одустанак јавног тужиоца од кривичног гоњења, јер нису створени потребни фактички услови за оптужење, тј. улазак у наредни процесни стадијум, било због тога што више уопште и нема сумње да је осумњичени учинио кривично дело, било услед тога што у истрази нису прикупљени докази из којег би произашао потребан степен сумње за подизање оптужнице;
2. *завршетком истраге*, када је по оцени јавног тужиоца у истрази стање ствари довољно разјашњено, било тако што су прикупљени докази из којих произлази потребан степен сумње за оптужење, односно „улазак” у наредни процесни стадијум, било тиме што је јавни тужилац на темељу таквог разјашњења предмета оптужбе оценио, да су се стекли услови за одустанак од оптужбе, што онда, такође, подразумева и окончање кривичног поступка.

13.1. Обустава истраге

Јавни тужилац „може” у току истраге да одустане од гоњења осумњиченог и обустави истрагу, када постоји неки од следећих алтернативно прописаних разлога:

1. разлог који се односи на *предмет истраге* – ако дело које је предмет истраге није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности;
2. разлози који се тичу *трајних процесних сметњи* – уколико је кривично гоњење застарело, када је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење;
3. разлог *доказне инсуфицијенције* – ако нема довољно доказа за оптужење.

Сам законодавац употребљава глагол „моћи”, у погледу одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења осумњиченог и у односу на обуставу истраге, када за то постоји неки од алтернативно прописаних разлога („јавни тужилац може у току истраге да одустане од гоњења...”), али би ту, у ствари, требало употребљавати формулацију која подразумева дужност јавног тужиоца (у смислу: „јавни тужилац ће у току истраге да одустане од гоњења...”), да обустави истрагу када постоји одређени Законом прописани разлог за такву одлуку. Из законске формулације, буквално схваћене, произашло би да јавни тужилац може, али не мора да одустане од кривичног гоњења, чак и онда када дело које је предмет оптужбе уопште није кривично дело, или ако је кривично гоњење апсолутно застарело и слично, а то би наравно било бесмислено, те супротно процесној логици, али и интенцији законодавца, јер тада јавни тужилац свакако мора да обустави истрагу.

Када постоји неки од Законом прописаних разлога за доношење такве одлуке, јавни тужилац ће *наредбом обуставити истрагу* и о томе обавестити осумњиченог и оштећеног. Оштећени се о обустави истраге обавештава у року од осам дана, а јавни тужилац га при том и поучава да може поднети приговор непосредно вишем јавном тужиоцу.

13.2. Завршетак истраге

Када нађе да је стање ствари у истрази довољно разјашњено, јавни тужилац ће донети наредбу о завршетку истраге, коју ће доставити осумњиченом и његовом браниоцу, ако га има, а обавестиће и оштећеног о завршетку истраге. Ако јавни тужилац не заврши истрагу против осумњиченог у року од шест месеци, а када је реч о кривичном делу, за које је посебним законом одређено поступање јавног тужилаштва посебне надлежности у року од једне године, дужан је да обавести непосредно вишег јавног тужиоца о разлозима због којих истрага није окончана, а тада је непосредно виши јавни тужилац дужан да предузме мере да се истрага оконча.

Ако јавни тужилац по завршетку истраге одустане од кривичног гоњења, обавестиће о томе осумњиченог, као и оштећеног, кога о томе информисаће у року од осам дана, а том приликом га поучава и да може поднети приговор непосредно вишем јавном тужиоцу.

Осим чињеничних и других података који се тичу кривичног дела, које је предмет поступка, односно, који су неопходни за разјашњење ствари у истрази и остварење њеног циља, јавни тужилац пре завршене истраге прибавља и друге, Законом стриктно дефинисане податке који се могу поделити у три групе: 1) одређени подаци формалног карактера, који се односе на осумњиченог, а који се обавезно прибављају, 2) подаци који се односе на личне и микросоцијалне околности осумњиченог, који се прибављају факултативно, тј. само „по потреби”, те 3) подаци који се односе на списе предмета, у којима су садржане казне из ранијих пресуда, када се ради о стицају кривичних дела.

Јавни тужилац ће пре завршене истраге *обавезно* прибавити следеће информације: 1) податке о осумњиченом, који се узимају приликом првог саслушања, ако такви подаци недостају, или их треба проверити, те 2) податке о ранијим осудама осумњиченог, а ако осумњичени још издржава кривичну санкцију која се састоји у лишењу слободе – податке о његовом понашању за време издржавања кривичне санкције.

Јавни тужилац ће, *по потреби*, прибавити податке о ранијем животу осумњиченог, приликама у којима живи и о другим околностима које се односе на његову личност. Ако је потребно да се догуне подаци о личности осумњиченог, јавни тужилац може одредити прегледе или психолошка испитивања осумњиченог.

Ако долази у обзир изрицање јединствене казне, којом ће се обухватити и казне из ранијих пресуда, јавни тужилац ће затражити списе предмета у којима су донете ове пресуде, или оверене претписе правноснажних пресуда.

13.3. Допуна истраге

Јавни тужилац ће донети *наредбу о допуни истраге*, када након завршетка истраге утврди да је потребно предузети нове доказне радње.

Допуну истраге јавном тужиоцу могу предложити и осумњичени и његов бранилац, а ако јавни тужилац одбије предлог за допуну истраге, или о њему не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак, који одлуку о томе доноси у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак усвоји предлог осумњиченог и његовог браниоца, наложиће јавном тужиоцу да спроведе допуну истраге и одредиће му за то рок.

14. Закључак

Потребно је развити концепт јавно-тужилачке истраге, али тако да он буде усклађен са потребама наше земље и нашом кривичнопроцесном традицијом, а не да се у оквиру њега „експериментише” са својеврсним „егзотичним” идејама, попут тзв. „паралелне истраге”.³⁰ Добар узор у том правцу може да буде нови ЗКП Аустрије, земље у којој је недавно судска истрага замењена државно-тужилачком.

³⁰ Упореди: С. Бејатовић, „Радна верзија Нацрта Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге”, *Ревизија за кривично право и криминологију* број 2/2010, Београд, 2010, стр. 23 – 39. Израз „паралелна истрага” ни иначе није законског карактера, већ се претежно користи у теоријско-концептуалном смислу, онда када се појединим законима (што је у Европи веома ретко, а типичан пример је Италија, мада је и она мењала своја законска решења која се у пракси показују као веома неефикасна), омогућава одбрани да током државно-тужилачке истраге, у одређеном формалном или „полуформалном” облику, прибавља доказе који иду њој у прилог.

У новом Законику треба да постоји само једна истражна фаза, а не као сада две – предистражни поступак и истрага. Поред тога, овде треба имати у виду да је у ствари, наш некадашњи преткривични поступак увек и био нека врста неформалне, или полуформалне *јавно-тужилачко-полицијске истраге*, па треба користити и та, већ устаљена искуства.

Предистражни поступак је заменио садашњи преткривични поступак, али је то учињено на суштински погрешан начин. Наиме, и предистражни поступак, као и истрага, води се када постоји исти, релативно низак степен сумње (а то су основи сумње), који је, узгред, веома лоше дефинисан у члану 2. тачка 17. ЗКП-а, а при том се истрага на том нивоу степена сумње може водити, како против одређеног лица, тј. онда када постоји осумњичени, тако и против непознатог учиниоца. Како се и предистражни поступак води на нивоу постојања основа сумње и како се он, по правилу, а посебно у неким ранијим фазама и док се кривично дело тек разјашњава, води у односу на непознатог учиниоца, јер његова сврха, поред осталог и јесте откривање осумњиченог, која је онда сврха омогућавања да се истрага такође може водити против непознатог учиниоца кривичног дела, онда када постоје основи сумње да је учињено кривично дело? Овде је такође грешка, што се не означава, да се мора радити о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.

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

Било би дакле далеко адекватније и ефикасније у односу на укупан кривични поступак, али правичније са становишта права субјеката поступка, да у нашем (будућем) кривичном поступку постоји *само једна истражна фаза*, слично као што је то, на пример у Немачкој или у Аустрији. У тим земљама је истрага, у основи, спој елемената нашег садашњег преткривичног поступка, за који је карактеристично да „претходи кривичном поступку и омогућава га”³¹ и формалне истраге, коју код нас још увек води истражни судија, а коју у тим европским државама води државни тужилац. Колико је бесмис-

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

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

Нови Законик о кривичном поступку Србије није никаква „американизована” кривична процедура, већ он представља веома лошу мешавину акузаторских елемената кривичног поступка, са неким изразито недемократским инквизиторским елементима. Он у ствари, највише личи на „хашки” кривични поступак, односно правила поступка која се примењују у Хашком трибуналу.

Слично као што је то уређено у још увек позитивном Законнику о кривичном поступку, тј. у ЗКП-у из 2001. године и у новом ЗКП-у из 2011. године, прописује се неколико ситуација, када се на главном претресу могу читати записници о раније датим исказима (члан 406.). Међутим, сада је то веома проблематично, јер се по правилу, више не ради о судским доказима, већ о доказима које је у истрази прикупио јавни тужилац. Донекле је оправдано да се читају записници када се ради о објективној немогућности да се већ испитана лица поново испитају, јер су умрла или душевно оболела, али је потпуно погрешно да се остави могућност читања записника и онда, када **сведок или вештак, без законског разлога, неће да исказују на главном претресу.**

Тужилачка истрага има **низ предности у односу на судску, али она има и одређене потенцијално озбиљне мане**, а основна мана је да се веома рестриктивно докази из истраге могу користити на главном претресу. Њихова основна функција је да послуже као **утемељење оптужнице**, а онда се касније сви докази, по правилу, морају понови изводити на главном претресу,³² што је посебно изражено у адверзијално конструисаним кривичним поступцима, какав је и нови тип процедуре уведен Закоником о кривичном поступку из 2011. године. У нашој се литератури констатује да су „у тра-

32 У вези са овим, погрешно је што се као *циљ истраге* у новом Законнику о кривичном поступку (члан 295. став 2.), одређује, не само прикупљање доказа и података који су потребни за одлучивање о томе да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, већ и *доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу, или би њихово извођење било отежано*... Овакав циљ истрага може имати једино када је води истражни судија, или макар онда када се ради о тужилачкој истрази, али уз могућност да се у погледу одређених доказних радњи (тзв. хитне судске радње), ангажује судија (било судија за истрагу, као што је то случај у Црној Гори, односно у Немачкој, било судија за претходни поступак, као у БиХ и Републици Српској), што није случај са одредбама новог ЗКП-а. Више о томе: З. Јекић и М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Источно Сарајево, 2005, стр. 37–38. и М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Подгорица, 2012, стр. 67–68.

гању за концепцијом новог модела истраге, законописци пошли од идеје да суду у истрази нема места, осим као заштитнику људских права окривљеног, мада искуства из упоредног права европских земаља показују супротно.³³

Када се уведе неки нови законски механизам и уопште ново законско решење (попут тужилачке истраге), онда се истовремено морају искористити све предности новине, али и поднети („истрпети“) неке мане новог решења. Међутим, новим Закоником се сада покушава остварење „немогуће мисије“, тако да истрага буде тужилачка, али да истовремено, сви докази које је јавни тужилац, као несудски државни орган прикупио, могу да буду, путем читања записника о датим изјавама, коришћени на главном претресу, исто или слично као што је то чињено и са исказима који се дају истражном судији, када он у судској истрази испитује сведоке или вештаке. Тако нешто начелно није могуће, односно није оправдано, а потенцијално би се могло сматрати и кршењем права на правично суђење утврђеном у члану 6. Европске конвенције о људским правима (ЕКЉП).

Тужилачка природа истраге не подразумева апсолутно искључење свих доказа из истраге на главном претресу, јер би то било апсурдно, а као пример се може посебно истаћи Италија, у којој је то првобитно било предвиђено, али се потом од таквог ригидног концепта одустало (посебно у вези поступака, чији су предмет била тзв. мафијашка кривична дела), па тако сада и тамо постоје могућности за одређена, не баш претерано уска одступања од начела непосредности. Међутим, у том погледу ипак треба принципијелно бити веома опрезан, те водити рачуна да се према свом доказном кредибилитету, начелно никада не могу потпуно изједначити докази које је извео сам суд, односно, они докази који су изведени пред судом и под његовом контролом, са доказима изведеним без судске контроле и од стране несудских органа.

Не треба заборавити, да иако је истрага јавно-тужилачка, а јавни тужилац по дефиницији – странка у кривичном поступку, истрага не сме да буде *страначка*, или боље речено – *једностраначка*. Ово није ни у најмањој мери контрадикторно, јер је тако широм Европе у државама које већ деценијама имају јавно-тужилачку, односно државно-тужилачку истрагу.³⁴

33 В. Бурђић, *Концепцијске странпутице у новом кривичном поступку Србије*, Зборник Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије – Реформа кривичног права, Копаоник, 2014, стр. 67.

34 Више о томе: С. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, „Verlag C.H.Beck“, München, 1997, стр. 57 – 58.

ДОКАЗНЕ РАДЊЕ

Основне контуре законских решења и неки практични проблеми

1. Уводна разматрања

Законик о кривичном поступку не садржи појам доказа, иако се у читавом низу његових одредби спомињу докази. Није у питању никакав посебан пропуст законодавца, јер појмовно одређење доказа, у суштини и не треба да буде део садржине Законика о кривичном поступку, нити било којег другог извора кривичног процесног права, већ се у пракси, а на темељу основних теоријских концепција, изграђује схватање о томе шта је доказ у конкретном случају и какав је његов доказни кредибилитет, а при том, у односу на доказе и друге доказне појмове, важе и одређена основна начела кривичног поступка.³⁵

Докази представљају податке чињеничне природе, који произлазе из кривичнопроцесних радњи које су предузели субјекти кривичног поступка. На њиховом темељу се изводе кривичноправно релевантни закључци, у погледу битних елемената кривичног дела, те избора, односно мера конкретне кривичне санкције, када су за то испуњени потребни материјални и процесни услови, или се захваљујући тим подацима, изводе кривичноправно и кривичнопроцесно релевантни закључци органа кривичног поступка. Такви закључци суда се у процесном смислу уобличавају у оквиру одлуке којом се, на законски регулисан начин, решава предмет кривичног поступка. Докази произлазе из одређених доказних радњи, односно доказне радње имају одређене доказне функције.

³⁵ У ЗКП-у се дефинишу три процесно релевантна степена сумње – основи сумње, основана сумња и оправдана сумња, а тим дефиницијама се донекле, односно имплицитно дефинишу и докази, а нарочито подела на непосредне и посредне доказе, што иначе, није карактеристично за савремене закон(ик)е о кривичном поступку, у којима се ово питање, углавном прегушта судској пракси, односно пракси органа кривичног поступка, што се суштински заснива на деловању начела слободне оцене доказа. Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, осмо измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, стр. 170.

2. Доказне радње у кривичном поступку

Доказивање у кривичном поступку одвија се у складу са одређеним процесним правилима, најчешће сврстаним у одговарајућа доказна начела, као што су лимитирано начело истине, начело *in dubio pro reo*, те слободно судијско уверење, које се нужно испољава у оквиру начела слободне оцене доказа.

Доказне радње су функционално усмерене на доказе и то у следећим процесним, али и фактичким облицима: 1) радње којима се докази прикупљају, 2) радње којима се већ прикупљени докази обезбеђују, 3) радње којима се докази изводе и 4) радње којима се већ изведени докази проверавају. Прикупљање и обезбеђење доказа, њихово извођење и проверавање су основне *доказне функције* кривичнопроцесних радњи. Неке доказне радње имају само једну функцију, а неке могу да остварују више паралелних доказних функција, што у ствари зависи, како од законске регулативе, тако и од свих конкретних околности случаја. На пример, увиђајем се прикупљају докази, али се њиме могу и проверавати већ изведени докази. Реконструкцијом се, по правилу, проверавају већ изведени докази, али се тиме могу изводити и други докази. Саслушање осумњиченог (у каснијем току поступка окривљеног, односно оптуженог), те испитивање сведока, представља извођење доказа, али ако се врши суочење, тиме се проверавају већ изведени докази, односно дати искази, као што се и вештачењем важне чињенице такође могу утврђивати, али и проверавати и сл. Кривичнопроцесне доказне радње се, с обзиром на њихову функционалну повезаност са доказима, деле на *две основне врсте*: 1) *монофункционалне доказне радње* и 2) *вишефункционалне доказне радње*.

Доказни кредибилитет доказних радњи се начелно утврђује самим законом. Наиме, резултати тих радњи служе као доказ у кривичном поступку. На пример, то је исказ осумњиченог, односно оптуженог или сведока, предмет пронађен током претресања стана или лица, записник о увиђају и његови криминалистички прилози (скице, цртежи, фотографије и сл.), видео снимак реконструкције, предмет пронађен током претресања, итд. Конкретан доказни значај и степен њене уверљивости, те конкретне доказне веродостојности поједине кривичнопроцесне радње, зависе од фактичких околности, а одређује их суд на темељу свог слободног судијског уверења и у складу са начелом слободне оцене доказа. Другим речима, *доказни кредибилитет* доказних радњи, односно њихових доказних резултата, постоји у два облика: 1) *начелном* – у смислу општих законских решења и 2) *конкретном* – у односу на оцену органа поступка одређеног кривичног случаја. Таква оцена и уверење, у кривичнопроцесном смислу морају да буду посебно ваљано изражени у образложењу мериторне судске одлуке, којом се, када су за то испуњени законски услови, решава питање кривичног дела. Чињенично стање садржано у таквој одлуци суда представља резултат доказа прибављених кривичнопроцесним радњама, али посредно и оперативним радњама. Одређене радње у предистражном поступку (попут прегледа путника, превозних средстава и пртљага, прикупљања обавештења од грађана – тзв. информативни разговор, резултати полиграфског тестирања, итд.), значајно доприносе томе, али

не директно у кривичнопроцесним формама, већ индиректно, кроз стварање неопходних фактичких услова да се у конкретном случају прикупе валидни докази, у кривичнопроцесном смислу. Иначе, за све доказне радње је карактеристично да се правна и процесна регулатива њиховог спровођења утврђује одредбама Законика о кривичном поступку, а да се тактика и техника конкретне реализације радњи, у одређеним фактичким условима, изучавају у оквиру криминалистике.

Када је реч о конкретним радњама које су доказно релевантне, у Законнику о кривичном поступку се дефинишу *две врсте* таквих радњи: 1) доказне радње, које у ствари представљају *опште доказне радње*, а то су радње доказног карактера, које су начелно примењиве у сваком кривичном поступку, без обзира на врсту кривичног дела, о којем се у њему решава, те 2) *посебне доказне радње*, које представљају специфичне, *специјалне истражне технике*, намењене за откривање и доказивање одређених посебних кривичних дела, која се иначе тешко или отежано откривају и доказују само општим доказним радњама, што је посебно карактеристично за организовани криминалитет и друга тзв. посебно тешка кривична дела.

2.1. Опште и посебне доказне радње

У опште доказне радње које се примењују, односно начелно могу да буду примењене у сваком кривичном поступку, без обзира на врсту кривичног дела које је предмет кривичног поступка, спадају следеће доказне радње: 1) саслушање окривљеног, 2) испитивање сведока, 3) вештачење, 4) увиђај, 5) реконструкција догађаја, 6) коришћење исправа, 7) узимање узорака, 8) провера рачуна и сумњивих трансакција, 9) привремено одузимање предмета, те 10) претресање.

Посебне доказне радње нису доказна средства, јер се њима, самима по себи, докази не изводе, већ су то радње којима се прибављају, односно обезбеђују одређени докази и то пре свега они који спадају у тзв. материјалне доказе. То могу бити, примера ради, снимци добијени током тајног аудио-видео надзора, којима се могу створити услови за касније извођење доказа у кривичном поступку, као што је то, на пример, случај са могућношћу да лице које је деловало као прикривени иследник, потом, тј. након завршеног ангажмана те врсте, буде испитано као сведок у кривичном поступку. Посебне доказне радње се по логици ствари и по правилу, предузимају у предистражном поступку.

У извесној мери карактер специфичне посебне доказне радње има и један случај испитивања тзв. „кооперативног окривљеног”, а то је испитивање окривљеног сарадника (некадашњи сведок сарадник), што се у новом Законнику решава у оквиру једне варијанте страначког споразума – споразум о сведочењу окривљеног сарадника, до чега, обрнуто у односу на остале „класичне” посебне доказне радње, никада не долази у предистражном поступку.

3. Основна општа законска правила која се односе на доказне радње

Када је реч о доказним радњама, од посебног значаја је одређивање предмета доказивања, као и „чињеница” које се не доказују, проблем терета (дужности) доказивања и са њим повезан „ризик” недоказивања/недоказаности, као и питање доказних забрана.

3.1. Предмет доказивања и искључење од доказивања

Предмет доказивања су *чињенице* које су релевантне за доношење судске одлуке о предмету кривичног поступка, било због тога што имају директан кривичноправни значај, када се њима решавају питања кривичног дела, те кривичне санкције, ако су испуњени потребни услови за њено изрицање, било што су значајне у кривичнопроцесном смислу, када се односе на питања кривичног гоњења, или на друга кривичнопроцесна питања. У таква друга кривичнопроцесна питања би, на пример, спадала проблематика алибија, али и нека специфична питања одређених посебних поступака, као што је на пример, случај у поступку према малолетницима, у погледу утврђивања одређених психолошких и микросоцијалних околности, тј. оних околности које су потребне за оцењивање душевне развијености малолетника, упознавање његове личности и прилика у којима живи. Предмет доказивања се у кривичнопроцесној литератури традиционално означава као „тема доказивања”, или *предмет доказа*, односно *thema probandi*, за коју се истиче, да су то све оне „важне или релевантне чињенице, од којих зависи поједина судска одлука у конкретном кривичноправном спору”.³⁶ Иначе, термин „спор” се у нашем савременом кривичном процесном праву практично не користи, јер је он више везан за грађански поступак.

Сама *чињеница* у пракси представља релативно јасан појам, који не изазива неке посебне забуне, али чињеница у научном, односно чисто теоријском смислу, не представља нимало лак предмет дефинисања и скоро да је у доктрини немогуће уочити општеприхваћену дефиницију чињенице. Чињеница као предмет дефинисања спада пре свега у сферу филозофије, односно логике и уопште наука које се баве фундаменталним појмовима, али се у основи дефинисањем чињенице могу бавити и друге науке у којима се тај појам среће, где по логици ствари, спада и кривично процесно право, али и друге нормативне научне дисциплине, па ћемо се и ми ограничити на утврђивање појма чињенице, пре свега у оквирима науке кривичног процесног права. Чињенице се тако могу објаснити као *појаве у стварности*, у којима се састоје услови материјалног кривичног права за примену кривичне санкције у конкретном случају и услови процесног права за вођење кривичног пос-

36 Б. Марковић, *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1937, стр. 288.

тупка и вршење процесних радњи.³⁷ Ова дефиниција је у основи прихватљива, али треба истаћи, да се услови материјалног кривичног права односе, не само на примену кривичне санкције, већ уопште на било које друго питање материјалног кривичног права. То се односи, пре свега на питање кривичног дела, односно кривице за дело које је противправно и законом прописано као кривично дело, као субјективне компоненте одређене деликатне делатности, односно кажњивог чињења, или нечињења. У услове материјалног кривичног права спада уопште проблематика кривичног дела, схваћеног објективно-субјективно, које у свом појму обухвата и кривицу, што се у процесном смислу, осим када се поступак оконча осуђујућом пресудом, односно другом одлуком која садржи и одлуку о кривичној санкцији, може манифестовати и обуставом поступка, односно одбијајућом, или ослобађајућом пресудом, али и другим могућим одлукама суда.

Одређене чињенице су начелно искључене као предмет доказивања, а ту према схватању кривичнопроцесне теорије, спада неколико врста чињеница:³⁸

1. Чињенице које се односе на нешто, што је у складу са научним и природним законима, те логичким правилима, *апсолутно немогуће*, нису предмет доказивања. У погледу процене шта је немогуће, треба начелно бити веома опрезан, јер развојем науке и технике, одговори на одређена питања која су се некада сматрала немогућим за решавање, постају реални, као што је то, на пример, случај са идентификацијом лица путем анализе узорака дезоксирибонуклеинске киселине (ДНК), што је до увођења те веома поуздане идентификационе методе (осамдесетих година прошлог века), у виду медицинских вештачења за потребе кривичног поступка, спадало у домен „научне фантастике”;
2. *Ноторне*, или *општепознате чињенице*, нису предмет доказивања, баш због те њихове карактеристике да су, по правилу, свима познате, па су самим тим ноторне и за суд, односно друге субјекте кривичног поступка, али наравно, ако својство општепознатости није потпуно извесно, односно, ако га странке или други субјекти поступка, који имају право на процесну иницијативу, основано оспоравају, или сам суд, односно орган поступка, у погледу тога има дилему, могуће је доказивање и таквих чињеница, иако су оне претходно третиране као ноторне, или као такве изношене у поступку, али је такво њихово својство, потом аргументовано учињено дубиозним;
3. Доказивање одређених чињеница може бити *законом искључено*, као што је то случај са оним чињеницама које спадају у домен државне, војне или службене тајне, али је питање доказног искључења некада повезано и са одређеним решењима материјалног кривичног права. Тако се, на пример, када је у питању кривично дело изноше-

37 В. Бауер, *Казнено процесно право*, „Информатор”, Загреб, 1982, стр. 4.

38 Б. Марковић, *op. cit.*, стр. 290–291.

ња или проношења личних и породичних прилика, не може доказивати истинитост онога што се износи или проноси, у погледу нечијег личног или породичног живота, осим када за то постоји општи кривичноправни изузетак;

4. Неке чињенице саме по себи могу да буду предмет доказивања, али се оне, по правилу, а на основу познавања уобичајеног тока и природе ствари, те одговарајућег животног искуства, *претпостављају* као истините, односно као постојеће у одређеном правцу, али је при том, увек када се појаве основи за њихово противно тумачење, могуће да и оне постану предмет доказивања. У такву претпоставку спада питање урачунљивости, односно почетни став, да су сви људи душевно здрави, нормално душевно развијени, способни да схвате значај свог дела и управљају својим поступцима, али се, ако то није извесно, или постоји сумња, односно вероватноћа да је окривљени учинио кривично дело у стању неурачунљивости, питање његове урачунљивости обавезно сврстава у предмет доказивања.

Све наведене чињенице су ипак само релативно искључене као предмет доказивања, јер сам суд, односно орган поступка, процењује шта ће у конкретном кривичном поступку бити предмет доказивања, те којим ће се доказним средствима вршити доказивање. Тако, он утврђује, када је нека чињеница ноторна, па ако посумња у њу и она се може изводити, исто као што то важи у односу на њено квалификовање као нечег што је немогућно, док са друге стране и чињенице које се односе на одређену тајну, могу бити предмет доказивања, када се субјект чувања тајне ослободи дужности њеног чувања, односно, када се на законски начин омогући њено одавање. Слично томе и све обориве претпоставке могу бити доведене у сумњу, па се онда и чињенице, на које се оне односе, доказују у складу са општим кривичнопроцесним правилима, а посматрано са тог становишта, суштина кривичног поступка се увек и своди на покушај негирања претпоставке невиности, што се наравно, мора чинити само у законом допуштеним процесним формама. Стога није могуће направити неку прецизну и апсолутно искључиву листу чињеница које су искључене од доказивања, јер је, у крајњој линији и то питање препуштено процени органа који води поступак, односно суда који поступа по начелу слободне оцене доказа и свом слободном уверењу.

У поступку се докази прикупљају и изводе у складу са одредбама Законика о кривичном поступку, као и на други законом предвиђен начин. Предмет доказивања су чињенице, на које је усмерена конкретна доказна радња, односно чињенице до којих се долази извођењем доказа у кривичном поступку, а које имају одређени степен кривичноправне релевантности, како у материјалноправном, тако и у процесноправном смислу. Предмет доказивања су, према одредбама Законика, следеће чињенице: 1) чињенице које чине обележје кривичног дела, 2) чињенице од којих зависи примена неке друге одредбе –кривичног закона, као и 3) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

Законодавац одређене чињенице и формално *искључује од* доказивања. *Ratio legis* ових правила се претежно темељи на разлозима целисходности. Циљ је да се доказивање не усмерава на оно, што се практично већ може сматрати доказаним, односно извесним. Извесност постојања одређених чињеница, што се, у ствари, своди на уверење суда да постоји конкретно чињенично стање као неспорно, или као „истинито”, може бити резултат њихове реалне *ноторности*, или одређеног *процесног механизма*. Само се у првом случају, онда када су у питању *општепознате чињенице*, у далеко највећем броју примера, скоро без изузетка и по правилу, ради о чињеницама које су, по логици ствари, увек и свакако постојеће, тј. таквим се могу сматрати у тако високом степену, да то уопште не захтева било какво доказивање, јер би доказивање таквих чињеница било, или сасвим непотребно, или чак и на први поглед, потпуно бесмислено. На пример, неће се доказивати да је у Београду ушће Саве у Дунав, или да је у подне током летњег периода добра видљивост, осим ако изузетно, баш тог дана није дошло до феномена помрачења Сунца и сл. У другим ситуацијама, када законодавац одређене чињенице *искључује од* доказивања, не ради се уопште о чињеницама које баш у сваком случају, увек и без изузетка, могу да се посматрају као неспорне, односно заиста постојеће. Оне се, у ствари, само у чисто процесном смислу сматрају неспорним и то са становишта оцене суда, а у једном случају је то условљено и консенсуалним ставом странака.

Конечно, код сваке врсте ових чињеница, непотребност њиховог доказивања, односно *искључивање* таквих чињеница од доказивања, заснива се на *ставу суда*, односно његовој оцени. То значи да се конкретне чињенице неће доказивати само онда када суд оцени да ће се оне *искључити од* доказивања. Таква оцена суда је, по логици ствари, скоро рутинска и „аутоматска”, када се ради о општепознатим чињеницама, наравно под условом да суд реално оцени да је конкретна чињеница заиста *ноторног* карактера, односно општепозната, слично примеру који је претходно наведен.

Када се ради о другим врстама, односно категоријама чињеница које се неће доказивати, што у ствари значи да њихово доказивање у конкретном случају није потребно, ту је суд значајно „слободнији” у оцени, што је нарочито упадљиво, када се ради о оцени суда да су конкретне чињенице у *довољној мери расправљене*, а то донекле важи и за оцену суда, да признање *окривљеног* у погледу одређених чињеница може да се сматра веродостојним.

У Законику је стриктно утврђено да се не доказују чињенице за које суд оцени: 1) да су општепознате, 2) у довољној мери расправљене, 3) да их *окривљени* признаје, на начин који не захтева даље доказивање, што значи да се ради о признању тих чињеница од стране *окривљеног*, у погледу којег не постоји основана сумња у истинитост признања таквих чињеница, а које је, поред тога, потпуно непротивречно, јасно и није у супротности са другим доказима, као и 4) у погледу којих постоји сагласност странака, а што није у супротности са другим доказима.

Код прве две врсте чињеница које се не доказују, ради се о чињеницама у погледу којих суд непотребност њиховог доказивања заснива на квалитету, односно особинама самих тих чињеница.

У првом случају су чињенице које се не доказују општепознате, дакле оне које се у датим околностима и према одређеним уобичајеним животним критеријумима, реално могу сматрати сваком познате и то у тој мери и на такав начин, да ником, иоле разумном, то не може да буде спорно.

У другом случају се ради о чињеницама које сам суд у процесном смислу третира као неспорне, јер су у довољној мери расправљене. *Questio facti* постоји онда када суд сматра да је одређена чињеница довољно расправљена, а о томе се начелно ради онда када је суд у погледу одређене релевантне чињенице, на темељу претходно изведених доказа, већ стекао чврсто уверење, у тој мери да је било какво ново доказивање непотребно. Код ове друге врсте чињеница, суд начелно има знатно већу слободу у оцени, која се по логици ствари, али и на темељу неких општих доказних начела, заснива на слободној оцени доказа и слободном судијском уверењу.

Код трећег и четвртог случаја чињеница које се не доказују, суд цени валидност одређених процесних ситуација, односно радњи, или става странака из којих произлазе одређене чињенице.

У трећем случају се ради о оцени суда да одређена процесно релевантна изјава окривљеног испољава одређени квалитет, односно, да се ради о валидном признању окривљеног.

У четвртном случају, код *condicio sine qua non*, да постоји сагласност странака у односу на одређене чињенице, што се у ствари, своди на сагласан став странака, да није потребно извођење доказа у односу на одређене чињенице, али је поред тога, неопходно да и суд оцени да то није у супротности са другим доказима. Овде није потребно да постоје други докази који су у сагласности са чињеницама које странке сматрају неспорним, односно које прихватају без даљег доказивања, или докази који поткрепљују такав став странака, односно чињенице, у односу на које се странке саглашавају, већ је сасвим довољно да постоје било који други докази у кривичном поступку, који нису у супротности са чињеницама, у односу на које постоји сагласност странака.

3.2. Терет доказивања

Терет доказивања се традиционално означава латинским изразом *onus probandi* („бреме доказивања“), а под њим се подразумева одређивање субјекта кривичног поступка, који је дужан да поднесе доказе ради утврђивања постојања или непостојања одређених чињеница, или конкретне доказе изведе у поступку, односно, да у циљу утврђивања чињеница укаже на потребу коришћења одређених доказних средстава, те на постојање конкретних извора доказа.

Терет доказивања се, када су у питању кривична дела која се гоне по службеној дужности, начелно, а пре свега из разлога правичности, не може сводити на страначки интерес. Наиме, јавни тужилац чији је оптужни акт, сходно начелу акузаторности, неопходан за покретање и вођење кривичног поступка, има са једне стране дужност да у оптужном акту, поред података о кривичном делу и окривљеном, наведе и доказе на којима се заснива оптужба, док са друге стране, он ипак нема чисто страначку оријентацију, јер је дужан да води рачуна и о интересима окривљеног, односно потреби правичног вођења кривичног поступка. У теорији се, у вези таквог положаја јавног (државног) тужиоца у континентално-европским кривичним процедурама истиче да због тога он и не представља праву (типичну) странку у кривичном поступку.³⁹ То се, на пример, може уочити и из чињенице да јавни тужилац, иако странка која обавља функцију оптужбе, спада у титуларе жалбе, не само на штету оптуженог, већ и у његову корист, слично као што јавни тужилац може захтевати понављање кривичног поступка, или уложити захтев за заштиту законитости у корист окривљеног, односно захтевати да се осуђеном ванредно ублажи казна.

У погледу неких кривичних дела, терет доказивања се, у одређеној мери, односно у погледу одређеног елемента бића кривичног дела, пребацује на окривљеног. На пример, у кривичном поступку који се води по приватној тужби за кривично дело клевете,⁴⁰ окривљени би морао да докаже *истинитост* својих тврдњи, односно да докаже да је имао основан разлог да поверује у истинитост онога што је износио, или проносио,⁴¹ па ако успе у том доказивању, он не може бити осуђен за клевету, мада може кривично одговорати за кривично дело увреде, ако је својом радњом испунио њена обележја.⁴² Ни овде није целокупан терет доказивања на окривљеном, на кога се и у оваквом случају односи претпоставка невиности, већ је он у процесном смислу дужан да доказује само један основни елемент кривичног дела клевете – њену *истинитост*, те у погледу тога сноси и *ризик недоказивања*, јер ако у томе не успе, постојаће кривично дело клевете и он ће, ако су испуњени остали потребни законски услови, за њега кривично одговорати, односно биће оглашен кривим. Дакле, основни терет доказивања је у овом погледу на овлашћеном тужиоцу, односно приватном тужиоцу, који у свом оптужном акту мора учинити извесним, на нивоу основане сумње засноване на доказима, да је окривљени предузео радњу извршења (изношење, или проношење) нечега, што може шкодити његовој части и угледу. Приватни тужилац не мора да доказује неистинитост онога што се износи или проноси, јер се то овде на неки начин претпоставља, те је обрнуто, окривљени дужан да докаже истинитост онога што је износио или проносио, па ако то није у стању, одговараће за клевету, а ако у том успе, може кривично одговорати за увреду, ако су његовом радњом испуњена њена битна обележја.

39 С. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 1997, стр. 116.

40 Више о томе: З. Стојановић и О. Перић, *Кривично право – посебни део*, шесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2002, стр. 154–155.

41 Више о томе: М. Петровић и И. Симић, *Кривични закон Србије – практична примена*, треће измењено и проширено издање, Пословна политика, Београд, 1991, стр. 107.

42 Овај се пример наводи као веома илустративан, иако је од недавно, кривично дело клевете избрисано из нашег Кривичног законика, за шта иначе, нема никаквог ваљаног оправдања.

Ratio legis оваквог решења се темељи на два основна разлога: 1) то се чини из разлога логике, по којима је веома отежано доказивање негативних чињеница, па се у том погледу, терет доказивања начелно пребацује на онога који тврди да такве чињенице заиста постоје, односно да су истините, те 2) због тога што разлози елементарне правичности налажу, да ниједан грађанин није дужан да доказује непостојање чињеница које повређују његову част или углед, јер се *начелно претпоставља*, да је сваки човек частан и угледан, а ако неко за одређено лице тврди супротно, онда тај који то тврди, мора да докаже истинитост своје тврдње, а не мора обрнуто, онај који сматра да је оклеветан, доказивати да је неистина оно што се за њега износи или проноси.

У неким ситуацијама може доћи до „фактичког пребацавања терета доказивања”, што начелно није допуштено, а у теорији се посебно истиче пример забране доказног вредновања начина одбране окривљеног, односно његове (не)спремности да исказује, те проблема који у вези тога могу да настану.⁴³ Наиме, окривљени није дужан да износи своју одбрану, нити да одговара на постављена питања, па ако се определи да се брани на потпуно пасиван начин, тзв. одбрана ћутањем, такав начин одбране не може представљати отежавајућу околност, у односу на његов положај у кривичном поступку, нити уопште може имати било какав доказни значај. Поред забране доказног вредновања таквог начина одбране окривљеног, не сме се допустити ни обрнуто, уколико је окривљени исказивао, па потом изнео тврдњу да није био обавештен о свом праву на несамооптуживање, односно о праву да се без икаквих последица уздржи од било каквог исказивања, он мора доказивати да није знао да поседује такво право, тј. да о томе није био на регуларан законски начин обавештен. Уколико би дошло до такве ситуације, чињеница да је окривљени обавештен о свом праву неизношења одбране, односно неисказивања, тј. праву да се брани потпуно пасивно, доказивала би се, како увидом у записник о саслушању окривљеног, тако и по потреби на све друге расположиве начине, сагласно и иначе важећем начелу слободне оцене доказа. Дакле, ни овде се не сме наметнути терет доказивања окривљеном, односно, без обзира што би он тврдио да није био обавештен о праву да не износи своју одбрану, нити да одговара на постављена питања, он не би био дужан да то доказује, већ би доказивање у том погледу вршио пре свега суд.

Докази се прикупљају и изводе у складу са Закоником о кривичном поступку, а *терет доказивања оптужбе је на тужиоцу*. Из овог би произашло, да ће само тужилац изводити доказе у прилог својој оптужби, те да се у то апсолутно неће упуштати кривични суд. Међутим, већ следећа законска одредба, ипак омогућава да и суд изводи доказе, али само уколико о томе постоји одговарајућа страначка иницијатива.

43 Више о томе: U. Eisenberg, *Beweisrecht der StPO – Spezialkommentar*, 4. Auflage, C. H. Beck, München, 2002, стр. 226.

Деценијама у нашем кривичном поступку, као и у другим континентално-европским мешовитим типовима кривичне процедуре, *терет доказивања није био искључиво страначког карактера*. Наиме, иако је тужилац начелно сносио основни *терет доказивања*, а пре свега везано за неопходност да већ у свом оптужном акту учини вероватним постојање основане сумње да је окривљени учинио кривично дело које му се ставља на терет, те да затим, током кривичног поступка активно учествује у њему, у циљу доказног поткрепљења своје оптужбе, тужилац који заступа државу, односно јавни тужилац у нашем кривичном поступку, ипак није стриктно и до краја био страначки оријентисан, као што је то на пример тужилац у парничном поступку, или чак у кривичним поступцима, који су чисто адверзијалне оријентације. У формалном смислу, такав положај јавног тужиоца у нашем кривичном поступку и сходно томе другачије значење терета доказивања, у односу на чисто страначке типове процедура се такође, као и када је реч о суду, некада заснивао на *дејству начела истине* у класичном континентално-европском смислу, које је и јавног тужиоца као државног органа обавезивало да истинито и потпуно утврђује чињенице, које су од важности за доношење законите одлуке. Поред тога, ни кривични суд није био индиферентан у односу на извођење доказа, већ је напротив, он у нашем кривичном поступку, као и у другим кривичним процедурама, у којима значајно место заузима начело истине (већи део континенталне Европе), током извођења доказа био не само изузетно активан, већ је имао и главну улогу у утврђивању релевантних чињеница током кривичног поступка, које ће бити подлога за решавање предмета поступка. Суд је, не само могао, већ био и дужан, да мимо предлога странака и других субјеката поступка, који имају право на одређену доказну иницијативу (попут, на пример, браниоца, оштећеног, итд.), изводи све доказе које је сматрао потребним, у складу са својом обавезом да истинито и потпуно утврди чињенично стање, које је од важности за доношење законите одлуке.

Питање терета доказивања је од ступања и примене новог Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године, битно другачије уређено, него што је то код нас деценијама уназад био случај. У Законнику је прописано да суд изводи доказе *на предлог странака*. Питање је, да ли суд уопште може извести било који доказ, ако то не предложи странка, а такође је питање и зашто би странка предлагала да суд изведе неки доказ, уместо да сама то учини. Такође, није сасвим јасно, ни да ли је суд у сваком случају дужан да изведе доказ који предложи странка. Чини се да суд ипак нема такву дужност, јер није прописана никаква консеквенца за одбијање таквог предлога, нити постоји процесни механизам, којим би се суд „принудио” да поступи у складу са страначком доказном иницијативом.

Начелно се доказна иницијатива суда ограничава на издавање налога конкретної странци. Суд може *дати налог странци* да предложи допунске доказе, или изузетно, сам одредити да се такви докази изведу, када су кумулативно испуњена два услова: 1) ако суд оцени да су изведени докази противречни, или нејасни и 2) уколико је то неопходно, да би се предмет доказивања свестрано расправио.

Суд може доказ извести једино ако то предложи странка, што суд странци може сугерисати, али је практично не може „принудити“ на такав доказни предлог. И ако суд нареди извођење одређених доказа, то у ствари подразумева да ће доказе извести одређена странка, а не сам суд, јер се суд не може доказно активирати, ако странка то није предложила. *Није прописана било каква процесна консеквенца за одбијање странке да испуни налог суда.*

3.3. Основне доказне забране

Доказне забране представљају правила по којима се, *с једне стране*, одређена доказна средства начелно искључују од употребе у кривичном поступку, те се неки извори доказа, из одређених разлога, који се свODE, било на њихову неетичност, стриктну законску забрањеност, односно њихов криминални карактер (на пример тортура, наркоанализа, итд.), било на њихову недовољно потврђену поузданост (на пример полиграф, односно детектор лажи, хипноза, итд.), не могу користити за утврђивање чињеница у кривичном поступку, нити се на њима може заснивати одлука суда, којом се решава предмет кривичног поступка.

Доказне забране се односе, како на одређене начине извођења доказа, тако и на одговарајуће вредновање доказа у кривичном поступку.⁴⁴ Сматра се да је примена одређених метода и начина испитивања забрањена у односу на окривљеног, јер, иако је „*циљ кривичног поступка утврђивање истине*”,⁴⁵ њему се не сме тежити по сваку цену, стога што кривични поступак, поред тога, мора да буде правичан, коректан и поштено вођен.⁴⁶ У теорији је веома утицајно и учење о паралелном постојању доказних забрана и доказних правила, мада се ту у ствари, пре свега ради о доказним правилима, а део тих правила садржи и одговарајуће доказне забране, тј. односи се на њих.⁴⁷

44 G. Ulsamer (Hrsg.), *Lexikon des Rechts – Strafrecht – Strafverfahrensrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, „Luchterhand“, 1996, стр. 179.

45 Цитирани аутор говори о *утврђивању истине као циљу кривичног поступка*, са становишта немачког кривичног поступка (као што то „*класично*“ правило важи и у већини других традиционалних континентално-европских кривичних процедура, попут, на пример Аустрије, Француске, али и у нашем „региону”, тј. у државама некадашње Југославије, на пример у Словенији и у Црној Гори), али у новом Законику о кривичном поступку Србије се истина више не утврђује официјелно у кривичном поступку. Интересантан је и пример Хрватске, чији је нови ЗКП прво битно лимитирао начело истине – веома слично сада важећем ЗКП-у Србије, који и иначе пуно личи на некадашњи „изворни” текст ЗКП-а Хрватске. Потом је једном већом новелом, а у складу са „захтевима које традиционално налаже начело материјалне истине” и то након, што је претходно одлуком Уставног суда, чак више од 50 чланова оглашено неуставним, у ЗКП-у Хрватске поново суду „враћена доказна иницијатива и активна улога у извођењу доказа”, што се у хрватској кривичнопроцесној теорији објашњава и констатацијом да „учинковит казнени поступак подразумева утврђивање истине, али да у исто време мора бити и правичан.” Више о томе: Е. Ивчевић Карас, *Нека питања уређења расправе у хрватском казненом поступку – нормативни оквир и пракса*, зборник: „Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени”, ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015, стр. 108.

46 H. Walder, *Die Vernehmung des Beschuldigten*, Kriminalistik – Verlag für kriminalistische Fachliteratur, Hamburg, 1965, стр. 147.

47 Више о „доказним забранама и доказним правилима”: S. Kaiser, *Die Drei-Stufen-Theorie zur Bestimmung von Beweisverboten im Strafprozeß*, Peter Lang, Frankfurt, Berlin, 1999, стр. 21–23.

Прва група доказних забрана су истовремено забране *апсолутног карактера*, јер никада одређене методе не могу бити легална доказна средства, па се тако, на пример, исказ добијен мучењем не може доказно користити ни под којим условима, а поред тога лице које је применило тортуру, односно изнуђивало исказ, морало би и кривично да одговара. Забрањено је и кажњиво свако насиље над лицем лишеним слободе и лицем коме је слобода ограничена, као и свако изнуђивање признања или какве друге изјаве од окривљеног, или другог лица које учествује у поступку.

Друга група доказних забрана су забране *релативног карактера*, јер се ту ради о иначе допуштеним и законским доказним средствима, али се њима остварени докази не сматрају подобним за коришћење у кривичном поступку, те се у доказном смислу потпуно процесно искључују, јер су приликом њиховог извођења, односно прибављања, направљене одређене тешке грешке, било да су плод немарног, односно нестручног рада, или су чак произашле из неких злоупотреба субјеката поступка. Пример за то је када би окривљени, у неком од случајева обавезне стручне одбране, био саслушан без присуства браниоца, када његов исказ не би имао никакав доказни кредибилитет у кривичном поступку.

Сматра се да у науци кривичног процесног права не постоји сасвим јединствена терминологија у погледу доказних забрана, а под општим појмом доказних забрана треба подразумевати све правне норме, које садрже ограничења за извођење одређених доказа у кривичном поступку. Оне се могу поделити на *две основне групе*: 1) *забрана коришћења* одређених доказа и доказних средстава, те 2) *забрана вредновања* одређених доказа, односно забрана коришћења резултата неких доказних средстава.⁴⁸ На пример, мучење као забрањена метода, или коришћење неких хемијских средстава, којима се делује на вољу лица које се саслушава, односно испитује, спадају у забрањена доказна средства, те су и докази прибављени на тај начин забрањени, али је истовремено, по логици ствари, ако би се такав доказ, неком омашком, ипак задржао у списима, забрањено његово вредновање, односно, на њему се не може заснивати судска одлука. То значи да прва група доказних забрана, према претходно изложеној подели (*Roxin*), истовремено има и карактеристике друге групе доказних забрана, тако да се ради о доказним средствима и доказима чија је употреба забрањена, али ако су они из неког разлога ипак употребљени, забрањено је њихово вредновање. Код ове групе практично постоји кумулативна *забрана коришћења и вредновања*.

За другу групу доказа је карактеристично да се они могу начелно употребљавати, али у одређеним случајевима се *не могу вредновати*, односно, на њима се не може заснивати судска одлука. На пример, исказ окривљеног (извор доказа) је доказ добијен саслушањем окривљеног, који служи као доказно средство, али уколико су током саслушања направљене одређене грешке, рецимо,

48 Више о томе: С. Roxin, *op. cit.*, стр. 180.

ако је окривљени, противно одредбама ЗКП-а, саслушан без присуства браниоца, онда се на тако добијеном исказу не може заснивати судска одлука, тј. тај исказ се не може доказно вредновати. Такође, посебан случај забране вредновања одређених доказа, представља поступање према правилима доказне концепције о „плодовима отровног дрвета”.

Закоником је прописано да се судске одлуке не могу заснивати на *правно неваљаним доказима*, где спадају докази који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања, у супротности са следећим општим изворима права: 1) Уставом, 2) Закоником о кривичном поступку, 3) другим законом, или 4) општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима.⁴⁹

4. Нека потенцијално спорна/нејасна питања у законској регулативи, у односу на доказне радње

Када је реч о доказним радњама у Законнику о кривичном поступку, ту ипак има нешто мање правно-техничких и суштинских грешака, којима иначе обилује (релативно) нови Законик о кривичном поступку из 2011. године,⁵⁰ али далеко од тога да таквих грешака нема, па ћемо се осврнути на неке упадљиве примере.

49 Према члану 16. став 2. Устава Републике Србије, општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни су део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, а потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом.

Иако је у члану 16. став 2. Устава Србије прописано да су општеприхваћена правила међународног права и потврђени међународни уговори саставни део правног поретка Републике Србије и непосредно се примењују, тиме се, ипак, не омогућава аутоматска и априорна непосредна примена међународног права. Из тога што се у ставу 2. овог члана каже да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом, не произлази став да онда обрнуто, општеприхваћена правила међународног права не морају бити у складу са Уставом. Наиме, овде приликом тумачења није логична примена *argumentum-a a contrario*, већ је ту потребно применити аналогију. Како су међународни уговори конкретнији, јаснији, прецизнији и свакако неспорнији, него општеприхваћена правила међународног права, треба сматрати да онда, када уставотворац захтева да такви извори међународног права морају бити у складу са Уставом, тада уставотворац, тим пре, а по аналогији, у сваком случају такав захтев имплицитно успоставља и у односу на општеприхваћена правила међународног права.

Поред овога, овде треба имати у виду и дејство члана 145. став 2. Устава Србије, према коме се судске одлуке заснивају на *Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона*. Како непосредне примене међународног кривичног права не може бити, осим на основу одређене судске одлуке, односно у оквиру ње, међународно кривично право се у Србији практично не може применити непосредно, ако се ради о праву садржаном у општеприхваћеном правилу међународног права, јер се у члану 145. став 2. Устава Србије, уопште не оставља могућност заснивања одлуке суда на таквом извору права. Из овога истовремено произлази и закључак, да је *непосредна примена међународног права* у Србији могућа само када су кумулативно испуњена два услова: 1) неопходно је да се ради о одредбама садржаним у потврђеним међународним уговорима и 2) те међународноправне одредбе морају бити у складу са Уставом Србије.

50 Више о томе: М.Шкулић и Г.Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – један корак напред, два корака назад*. Удружење јавних тужилаца Србије, Правни факултет у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012. Друго измењено и допуњено издање ове монографије под насловом: *Нови ЗКП Србије – како је пропала реформа и шта да се ради*, је у целини доступно у PDF формату на сајту Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије. Адреса за преузимање текста са сајта: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

4.1. Испитивање сведока

И нови Законик о кривичном поступку забрањује сугестивна питања сведоку, осим када се ради о *унакрсном испитивању* сведока на главном претресу, када су допуштена и сугестивна питања. С обзиром на то да је страначки начин испитивања сведока у форми основног и унакрсног испитивања, по дефиницији веома агресиван и често изузетно непријатан за сведоке, грешка је што се омогућава постављање сугестивних питања и онда, када се као сведоци испитују малолетна лица, јер су деца и малолетна лица уопште, веома склона сугестији и ауто­сугестији, па се чак и у најадверзијалнијим кривичним поступцима забрањује постављање таквих питања тој старосној категорији сведока. То је нарочито опасно, када је реч о малолетним лицима која су оштећена кривичним делима са елементима насиља, па је неопходно макар и фактички, док се Законик не измени, то избегавати у пракси, јер се у супротном, такав начин испитивања може претворити у вид секундарне виктимизације.

Као што је објашњено, грешка у Законику о кривичном поступку је то што није искључио могућност да се приликом унакрсног испитивања малолетних лица забрани постављање сугестивних питања, али је то значајније када је генерално реч о посебно осетљивим сведоцима, међу које често спадају управо малолетна лица, нарочито када су оштећена кривичним делима са елементима насиља. Сугестивна питања су, у односу на посебно осетљиве сведоке, изузетно опасна и лако могу довести до њихове накнадне трауматизације, те се испољити као вид секундарне виктимизације. По логици ствари, посебно осетљиви сведоци ће у највећој мери бити они сведоци и по правилу, оштећени, које је за сведочење предложио јавни тужилац, а који би тада, на главном претресу извршио „основно” испитивање, након чега би се окривљеном и браниоцу дала прилика за *унакрсно испитивање*, при чему би сведоку и оштећеном могла да се постављају и сугестивна питања. Ово је веома лоше законско решење, а нарочито када се ради о малолетним лицима, где могу бити у питању и деца у кривичноправном смислу (лица која нису навршила четрнаест година), па чак и деца која су сасвим мала, попут предшколске деце, при чему се може радити и о кривичним делима која су изузетно „малигног карактера”, према природи психолошких и других последица које проузрокују, у односу на оштећене. Поред тога, ноторна је чињеница да су малолетна лица уопште, а посебно сасвим мала деца, односно генерално гледано, лица која су изузетно млада, веома осетљива на сугестивне утицаје. Из тога проистиче, да могућност постављања сугестивних питања, ову категорију сведока, нарочито када су они истовремено и оштећени кривичним делом, не само додатно трауматизује и излаже секундарној виктимизацији, већ и веома утиче на доказни кредибилитет њиховог исказа. Наиме, законодавац прописује постављање питања посебно осетљивим сведоцима преко органа поступка, уместо непосредно, али он ни у таквом случају не искључује могућност постављања и сугестивних питања, приликом унакрсног испитивања на главном претресу, што је грешка и што би се у пракси, а нарочито када се ради о малолетним лицима као сведоцима, морало избегавати.

Према одредби члана 98. став 3. ЗКП-а, кад сведок заврши свој исказ, а потребно је да се његов исказ провери, допуни или разјасни, поставиће му се питања која морају бити јасна, одређена и разумљива, која не смеју садржати обману, нити се заснивати на претпоставци да је изјавио нешто, што није изјавио и не смеју представљати навођење на одговор, осим ако се ради о унакрсном испитивању на главном претресу. На овај начин је омогућено да се током унакрсног испитивања сведока на главном претресу, постављају и сугестивна питања, која иначе нису дозвољена када се ова доказна радња спроводи у истрази, или чак евентуално, у предистражном поступку. Не само што законодавац суштински греши што безусловно омогућава постављање сугестивних питања, баш увек када се ради о унакрсном испитивању сведока на главном претресу, дакле и онда када су у питању посебно осетљиви сведоци, па чак и малолетна лица, а нарочито деца, већ би из законске формулације скоро могао да произађе закључак да би током унакрсног испитивања на главном претресу, било могуће постављати сведоку и обманујућа, па чак и неодређена и неразумљива питања. Наравно, то није била интенција законодавца и такво би тумачење ипак било претерано, али није спорно да је конкретна одредба Законика нејасна и правно-технички веома лоше формулисана.

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

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

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

Питања не смеју представљати навођење на одговор, што значи да се сугестивна питања не дозвољавају, ни као изузетак, што је у директној супротности са претходно цитираним чланом, који их наводно дозвољава приликом

унакрсног испитивања. Овде ће се наравно, у пракси свакако примењивати одређена „корисна гимнастика”, али и то указује на квалитет текста новог Законика, те његову кохерентност и у овом делу.

Према члану 97. ЗКП-а из 2011. године, заклетву не полагају: 1) сведок који у време „саслушања”,⁵¹ није пунолетан, као ни 2) онај сведок, који због душевног стања не може да схвати значај заклетве.

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

Од дужности сведочења искључена су одређена лица, што значи да та лица не могу бити испитана као сведоци, док се евентуално за то не испуне посебни услови. Ту спадају: 1) лице које би својим исказом повредило дужност чувања тајног податка, док надлежни орган, односно лице органа јавне власти алтернативно: а) не опозове тајност податка, или б) лице не ослободи дужности чувања таквог податка; 2) лице које би својим исказом повредило дужност чувања професионалне тајне (верски исповедник, адвокат, лекар, бабица и др.), осим ако је ослобођено те дужности посебним прописом, или изјавом лица у чију је корист установљено чување тајне; 3) лице које је бранилац, о ономе што му је окривљени као свом браниоцу поверио, те 4) малолетно лице, које, с обзиром на узраст и душевну развијеност, није способно да схвати значај права којим је ослобођено од дужности сведочења, осим ако то сам окривљени захтева. Изузетно од ових правила, суд може, на предлог окривљеног или његовог браниоца, одлучити да испита лице које је искључено од дужности сведочења, из чега произлази, да су сада *релативизовани* сви случајеви искључења одређених лица од могућности да буду испитани као сведоци. Ова норма је веома опасна, јер омогућава да суд практично „натера” сведока да, на пример, ода тајну, те тако чак учини кривично дело и слично. Генерално гледано није јасан њен *ratio legis*, па би у пракси такву могућност требало консеквентно избегавати.

Бранилац, у складу са чланом 93. став 1. тачка 3. спада у категорију лица која су *искључена од дужности сведочења*, када се ради о ономе што му је окривљени као свом браниоцу саопштио. У питању је норма чији је *ratio legis* сас-

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

вим разумљив. Међутим, према одредби члана члана 93. став 2. ЗКП-а из 2011. године, ствара се чудна могућност да бранилац ипак буде сведок, јер изузетно од забране да се испитају лица која су искључена као сведоци, „суд може, на предлог окривљеног или његовог браниоца, одлучити да испита лице које је искључено од дужности сведочења. То значи, да и сам бранилац може, на предлог окривљеног или „његовог браниоца”, сведочити о ономе, што му је окривљени као свом браниоцу поверио.

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

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

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

Спорна су и захтевају повећану пажњу у пракси и нека питања која се односе на заштићеног сведока. Наиме, ако сведок приликом испитивања ускрати давање података који се односе на његов идентитет, одговор на поједина питања или сведочење у целини, уз образложење да постоје околности које би њега, или њему блиско лице изложили одређеним негативним последицама, у виду опасности по живот, здравље, слободу или имовину већег обима, суд ће позвати сведока да у року од три дана поднесе захтев да му се одреди статус заштићеног сведока. Ово законско правило није сасвим логично, јер зашто би суд у таквој ситуацији, уколико сматра да је бојазан сведока реална, од њега тражио да поднесе формални захтев да му се одреди статус заштићеног сведока, када по правилима Законика свакако може да конкретном сведоку по службеној дужности одреди статус заштићеног сведока?

Обрнуто, уколико суд ускраћивање података о идентитету сведока, односно појединих одговора или комплетног сведочења, сматра очигледно неоснова-

ним, или сведок којег је суд позвао да то учини, у остављеном року не поднесе захтев да му се одреди статус заштићеног сведока, примениће општа законска правила, што се своди на примену одредби Законика, које се односе на одбијање сведока да исказује, онда, када за то не постоји Законом утврђен разлог. То значи да суд овог, као и сваког другог сведока који се одазове позиву да сведочи, па пошто је упозорен на последице, одбије сведочење без законског разлога, може казнити новчано до 150.000 динара, а ако и после тога одбије да сведочи, може га казнити још једном истом казном.

О одређивању статуса заштићеног сведока, решењем одлучује суд у одговарајућем функционалном облику, зависно од фазе кривичног поступка. У току истраге, одлуку доноси судија за претходни поступак, а након потврђивања оптужнице – веће. Приликом одлучивања на главном претресу искључује се јавност, при чему се *не онемогућава деловање изузетака* („изузети на изузетак”),⁵² који су иначе могући, када се на главном претресу искључи јавност, што значи да се у оваквом посебном случају искључењем јавности, не може ни изузетно допустити да одређена лица присуствују главном претресу који се води нејавно. То значи, да се у овој ситуацији ради о *апсолутном искључењу* јавности са главног претреса, што наравно, подразумева и појачану опрезност суда приликом доношења одлуке о томе, а није ни сасвим извесно да ли је такав разлог за искључење јавности у складу са Уставом.⁵³

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

Субјекти који су у функцији одбране, тј. сам окривљени или његов бранилац, не могу захтевати да се одређеном лицу да својство заштићеног сведока. То је супротно начелу једнакости странака. Ако су законодавци пошли од претпоставке да је то непотребно, јер сведо-

52 Овде се ради о „*изузетку у односу на изузетак*”, јер је правило да се главни претрес води јавно, а само се по изузетку, јавност у односу на целокупан ток главног претреса, или његов одређени део, може искључити, када за то постоји неки од, у Законнику, али и у Уставу, алтернативно прописаних разлога, па се онда у односу на такав *изузетак*, по одлуци суда, може успоставити „*додатни*” *изузетак*, тако што би се одређеним лицима (таксативно и лимитативно наведеним у Законнику), ипак допустило да присуствују нејавном главном претресу, уз дужност да као тајну чувају све што на таквом суђењу сазнају и уз упозорење, како на такву дужност, тако и на кривичноправне консеквенце њеног кршења, а то је могућност позивања на одговорност за кривично дело одавања тајне.

53 Према члану 32. став 3. Устава Србије (норма која је сегмент *права на правично суђење*), јавност се може искључити током читаваог поступка који се води пред судом или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника, или приватности учесника у поступку, у складу са законом. Из овога би произашло да се, само због потребе заштите сведока, односно његовог идентитета, јавност не би могла искључити, односно, то би потенцијално било противуставно, осим ако се ради о малолетном лицу, јер је заштита интереса „*малолетника*” један од Уставом стриктно прописаних разлога за искључење јавности, као и ако би се заштита сведока могла „уденути” у неки од других, Уставом формулисаних разлога за изузетно искључење јавности у кривичном поступку. Иначе, овај проблем постоји и у неким другим случајевима, као на пример, када се ради о искључењу јавности током саслушања/испитивања окривљеног сарадника, тј. некада (у време важења ранијег Законика о кривичном поступку), сведока сарадника.

цима у поступку најчешће прети опасност од самог окривљеног, занемарили су могућност да сведок сведочи у корист једног од саокривљених, а на штету осталих, па се плаши давања исказа. У том случају окривљени зависи од добре воље тужиоца и суда.

4.2. Дужност браниоца да органу поступка преда предмете који могу послужити као доказ

Према члану 149. ЗКП-а из 2011. године, од дужности предаје предмета ослобођени су: 1) окривљени, те 2) лица која су искључена од дужности сведочења, али не сва таква лица, већ само она која би исказом повредила дужност чувања тајног податка и лица која би исказом повредила дужност чувања професионалне тајне,⁵⁴ осим ако суд не одреди другачије.

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

4.3. Претресање стана и лица

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

У питању је реално гледано „каучук” норма, којом се ствара веома широк простор за злоупотребе, јер орган поступка може, уколико је малициозан (а законодавац не сме априорно претпоставити „добронамерност”), да претресање врши намерно, баш онда када власник, односно држалац ста-

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

на извесно није у кући, односно у својим просторијама, тј. свакако је недоступан, јер се, на пример, тачно зна да је у то време на службеном путу, одмору и сл.

4.4. Вештачење

У Законнику се уређује неколико посебних врста вештачења, у које спадају: 1) вештачење телесних повреда, 2) вештачење леша, те 3) психијатријско вештачење, које постоји у две варијанте: а) психијатријско вештачење окривљеног и б) психијатријско вештачење сведока. До доношења новог Законика из 2011. године, код нас није постојало психијатријско вештачење сведока, као посебно уређена могућност. Наравно, то није био некакав пропуст, већ напротив, нови ЗКП сасвим непотребно уводи ову врсту вештачења, које је из читавог низа разлога веома спорно.

Ако се појави сумња у способност сведока да пренесе своја сазнања или опажања, у вези са предметом сведочења, орган поступка може одредити психијатријско вештачење сведока. Ако је вештачење одређено ради оцене способности сведока да пренесе своја сазнања или опажања, у вези са предметом сведочења, вештак ће установити да ли код сведока постоје душевне сметње и дати мишљење да ли је сведок способан да сведочи.

Није сасвим јасан *ratio legis* овакве могућности уведене новим Закономиком. Чини се да је ово пример претеране „психијатризације” у поступку, али и олаког уношења потенцијално врло спорних нормативних механизма у нови Законик. Наиме, уколико се уопште и појави таква сумња у способност сведока, то за орган кривичног поступка, а посебно за суд, већ само по себи, представља сасвим довољан основ да и без психијатријског вештачења доведе у питање доказни кредибилитет исказа сведока, односно, његову способност да уопште сведочи. Орган поступка, а пре свега суд, и иначе, слободно цени доказе и руководи се при том својим слободним уверењем, па се то односи и на исказ сведока. Са друге стране, реч је о врло осетљивом питању, које у пракси може да се испољи и као покушај шиканирања сведока од стране субјеката поступка, који би предлагали ову врсту вештачења. Коначно, у Законнику (што је сасвим логично, јер би супротно представљало драстично кршење људских права сведока), није прописан било какав процесни механизам, којим би се сведок могао принудити да се подвргне психијатријском вештачењу, уколико то не жели, односно одбија психијатријски преглед.

4.5. Узимање узорака

Законик о кривичном поступку из 2011. године, уводи потпуно нову доказну радњу – узимање узорака (чл. 140–142.). У Законнику се уређује узимање *три врсте узорака*: 1) биометријских узорака, 2) узорака биолошког порекла и 3) узорака за форензичко-генетичку анализу.

Биометријски узорци у ствари и не представљају типичне „узорке”, као што је то, на пример, случај са биолошким узорцима, попут узорака крви, пљувачке и слично, већ се код биометријских узорака, по правилу, ради о фиксирању одређених података који се односе на неке непроменљиве, или у дужем периоду врло мало променљиве, односно константне физичке особине конкретног лица, као што су, на пример, неке димензије и „координате” на телу човека, његовом лицу и сл. Ту се углавном ради о тзв. биометријској идентификацији, као када се она, на пример, врши путем дефинисања биометријске мапе лица, која укључује димензије зеница, карактеристичних костију лица и слично, али и дужине екстремитета, итд. Код биометријске идентификације се стога, по правилу и не ради о узимању узорака, већ је у питању одговарајуће фиксирање и регистровање биометријски значајних података, или се користе неки начини идентификације и добијања идентификационих доказа, који се под одређеним условима могу и биометријски обрађивати, као што је то, примера ради, случај са фотографијом, а нарочито тзв. сињалетичком фотографијом, као уобичајеним аспектом криминалистичко-идентификационе обраде осумњиченог. Иако биометријски „узорци” у ствари, као што је већ објашњено и нису прави узорци, то што је њихово „узимање” решено у оквиру ове посебне доказне радње, није посебан проблем. Већа је грешка (која такође није фатална за праксу), једна „специфична” норма, која се односи на ДНК узорке, као врсту *биолошких узорака*.⁵⁵

Уколико је потребно, ради откривања учиниоца кривичног дела, или утврђивања других чињеница у поступку (*материјални услов*), јавни тужилац или суд, може наредити (наредба органа поступка као *формални услов*) узимање узорка за форензичко-генетичку анализу: 1) са места кривичног дела и другог места на коме се налазе трагови кривичног дела, 2) од окривљеног и оштећеног, а под условима предвиђеним у односу на узимање биолошких узорака, што значи да се узорци за форензичко-генетичку анализу могу узети и без пристанка лица, изузев ако би наступила каква штета по његово здравље, те 3) од других лица, ако постоји једна или више карактеристика, која их доводи у везу са кривичним делом.

У одлуци о изрицању кривичне санкције, која се састоји у лишењу слободе, првостепени суд може по службеној дужности одредити да се узорак за форензичко-генетичку анализу узме од следећих лица: 1) окривљеног – коме је за кривично дело учињено са умишљајем, изречена казна затвора преко једне године, 2) окривљеног – који је оглашен кривим за умишљајно кривично дело против полне слободе, као и 3) лица, коме је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења.

55 Иначе, законодавац омогућава да се од окривљеног, оштећеног, сведока или другог лица, ради утврђивања чињеница у поступку, узме узорак гласа или рукописа, ради упоређивања, при чему се и *глас* и *рукопис* означавају као *биолошки узорци*, односно врста таквих узорака. Глас се донекле и може сматрати специфичним биолошким узорком, али рукопис то свакако није, мада га законодавац у правно-техничком смислу третира као „биолошки” узорак.

Када овде као услов, тј. један од алтернативно прописаних разлога за узимање узорка за форензичко-генетичку анализу, законодавац наводи да се мора радити о *умишљајном кривичном делу против полне слободе*, прави грубу и скоро невероватну *лаичку грешку*, јер су кривична дела против полне слободе, по дефиницији, **искључиво умишљајна**. На пример, када је реч о најтипичнијем (класичном) кривичном делу против полне слободе, немогуће је замислити силовање, које би било извршено из нехата.

5. Закључак, уз посебан осврт на доказну концепцију о „плодовима отровног дрвета/воћке”

За савремене кривичне поступке је карактеристично важење доказне концепције о „плодовима отровног дрвета”, односно „плодовима отровне воћке” – *Fruit of the poisonous tree doctrine – die Früchte des vergifteten Baumes*.⁵⁶ Ова теорија је иначе веома утицајна у англо-америчком кривичнопроцесном праву, где се додуше много више везује за концепцију о правној неваљаности доказа, до којих се дошло након испитивања осумњиченог, које није обављено у складу са законским и уставноправним прописима – познати случај „Миранда”.⁵⁷ Наше кривичнопроцесно законодавство дуго није, на изричит начин регулисало питање доказа који су, иначе ваљани, али се до њих дошло захваљујући подацима који су претходно прибављени на незаконит начин. Према правилима доказне концепције о „плодовима отровног дрвета”, ни такви докази не би били законити, иако они сами по себи то јесу, зато што је начин њиховог прибављања био нелегалан. Ово питање се у нашем кривичном процесном амбијенту и у периоду постојања правне празнине, у односу на проблематику којом се бави та веома утицајна доказна концепција и иначе, могло решавати према општем традиционалном правном правилу, да оно што је од почетка ништаво, не може да се оснажи у даљем поступку, слично као што, на пример, у грађанском праву важи познато правило – „што се грбо роди, ни време не исправи”. Слично томе, могло би се поћи од става да се употребом правно неваљаних радњи не могу прибављати правно ваљани докази, односно важећи докази који имају потребан степен доказног кредибилитета, али то у нашим изворима кривичног процесног права, донедавно није било стриктно одређено, па се решење овог питања морало препуштати судској пракси.

Међутим, у нашој теорији постоји и став према коме ни наше „доскорашње” законодавство (ЗКП из 2001.), није прихватало доказну теорију „плодова отровног дрвета”, што се илуструје неким примерима који се односе на прибављање, иначе законитих доказа, али до којих се дошло неком претходном,

56 Више о томе: K. Schaefer, *Strafprozessrecht – Eine Einführung*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1976, стр. 271.
57 J. M. Scheb and J. M. Scheb, *Criminal Law and Procedure*, West/Wadsworth – an International Thomson Publishing Company, Belmont, Bonn, Boston, Washington etc, 1999, стр. 427.

незаконитом радњом. Пример за то је, када осумњичени за кривично дело убиства, под принудом призна да је извршио кривично дело, па на основу тог признања полиција пронађе леш. Тада се према концепцији „плодова отровног дрвета”, сматра да „за суд не постоји ни признање, ни леш”, али се у нашој теорији истиче да овакав став представља чистунство које је очигледно претерано, те као такво није прихватљиво за наше кривично процесно право.⁵⁸ Али, да ли се овде уопште ради о некаквом „чистунству” у односу на доказе, или се питање мора посматрати у оквирима решења позитивног Законика о кривичном поступку? Претходно цитирани аутор се позива на један рад из наше старије литературе, који се односио на раније важећи Закон о кривичном поступку,⁵⁹ који заиста није садржавао норме, чије би се дејство сводило на забрану употребе доказа, који су сами по себи, или према начину прибављања, правно неваљани. Међутим, чини се да је потом, након већих промена наше кривичне процедуре, овај проблем био решен на битно другачији начин, тако да се више није постављало питање тумачења, да ли би искључење доказа, који су сами по себи доказно ваљани, али се до њих дошло начином који је забрањен, или није у доказном смислу дозвољен, *већ је то питање било стриктно решено самим Закоником о кривичном поступку.*

Основ за став, да је наш законодавац ипак прихватио теорију о „воћу отровног дрвета”, или концепцију о „плодовима отровне воћке”, може се наћи у некадашњим општим одредбама Законика о кривичном поступку. Одредбом чл. 18. ст. 2. ЗКП-а из 2001. године, било је предвиђено да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су сами по себи, или према начину прибављања, у супротности са одредбама тог Законика, другог закона, Устава или међународног права. На овај начин је био утврђен функционални појам нелегалног доказа, који се дефинисао као *забрањени основ* за доношење судских одлука. Појам незаконитог доказа се одређивао функционално и то у два смисла: *прво* – с обзиром на квалитет и порекло његове доказне некредибилности, када се радило о две ситуације: 1) ако је такав доказ, *сам по себи* био супротан са одговарајућим правилима и 2) уколико је супротност тог доказа у односу на одговарајућа правила произлазила *из начина* на који је прибављен; *друго* – с обзиром на супротност у односу на правила, садржана у неколико алтернативно наведених извора права, тако да је доказ, сам по себи, или према начину прибављања, могао да буде у супротности са одредбама: 1) Законика о кривичном поступку, 2) другог закона, 3) Устава, или 4) међународног права.

Из овога произлази да је наш ЗКП из 2001. године, садржавао две основне врсте незаконитих, односно правно неваљаних доказа: 1) *директно правно неваљане доказе* – који су сами по себи били незаконити, односно супротни одређеним кривичнопроцесним, другим законским, уставним, или међународноправним правилима, те 2) *индиректно правно неваљане доказе* – који

58 М. Грубач, *Кривично процесно право – Увод и општи део*, друго измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2002, стр. 296.

59 М. Дамашка, *Процесне последице употребе доказа добивених на недозвољен начин*, „Наша законитост”, бр. 3–6/60, Загреб, 1960, стр. 220.

сами по себи нису сматрани незаконитим, односно правно неваљаним, али је начин њиховог прибављања био супротан одређеним правилима садржаним у ЗКП-у, другом закону, Уставу или међународном праву. Из чињенице да су правно неваљани били и они докази који су сами по себи били доказно валидни, али је начин њиховог прибављања био у супротности са одређеним изворима права (индиректно правно неваљани докази), такође произлази да се у нашем кривичном процесном праву безрезервно прихватала доказна концепција о „плодовима отровног дрвета”, са свим њеним консеквенцама, у односу на противправно прибављене доказе, који би иначе, сами по себи, били ваљани. Друго је питање, да ли су у пракси биле могуће одређене злоупотребе, те каква је била могућност доказивања да се до одређеног доказа дошло на незаконит, односно, у другом смислу недозвољен начин. На пример, уколико је полиција употребила принуду да би осумњичени признао дело и казао где се налази леш, који је касније ексхумиран и који је иначе, сам по себи подобан да служи као доказ, односно основа за одговарајуће вештачење, тада је сасвим могуће да ће полиција негирати да је користила принуду, тј. да је исказ, захваљујући којем се дошло до доказа, био изнуђен (тима се у ствари пориче извршење кривичног дела изнуђивања исказа), те ће настојати да практично прикрије незаконитост у прибављању тог доказа и ако у томе успе, суд ће, доведен у заблуду, такав доказ третирати као правно ваљан. Такве злоупотребе су наравно, увек могуће, мада оне не смеју да буду иманентне једном либералном кривичном поступку у демократској правној држави.

Затим је новелама нашег кривичног поступка 2009. године (у односу на ЗКП из 2001. године), уведено правило да се судске одлуке не могу заснивати на *правно неваљаним доказима*, где спадају они докази који су сами по себи, или према начину прибављања, у супротности са Уставом и потврђеним међународним уговором, или су Законом о кривичном поступку, односно другим законом, изричито забрањени (члан 18. став 2. ЗКП-а из 2001.). Суштина ове законске новеле се састојала у томе, што се више није радило о забрани коришћења и оних доказа који су по начину прибављања *супротни* законским одредбама, већ се захтевало да су у питању докази, који су законским одредбама, како оним садржаним у ЗКП-у, тако и одредбама других закона, *изричито забрањени*. Тиме се (што би могло бити предмет аргументоване критике), практично, у одређеној мери сужавало дејство познате доказне концепције о „плодовима отровног дрвета”, за шта, по нашем мишљењу, није било сасвим ваљаног разлога.

Позитивни Законик о кривичном поступку Србије се, у суштини, „враћа” на решење које је већ било садржано у Законнику из 2001. године, тако да се, као што је претходно већ наведено, судске одлуке не могу заснивати на *правно неваљаним доказима*, где спадају докази који су, непосредно или посредно, сами по себи, или према начину прибављања, у супротности са следећим општим изворима права: 1) Уставом, 2) Законом о кривичном поступку, 3) другим законом, или 4) општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. То значи да постоје *две врсте правно неваљаних доказа*: 1) *директно* правно неваљани докази, где спадају до-

кази који су прибављени непосредно супротно Уставу, Законнику о кривичном поступку, другом закону или општетприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, као и 2) *индиректно* правно неваљани докази – докази, који би сами по себи били правно ваљани, али се сматрају правно неваљаним, јер начин њиховог прибављања није био правно ваљан. Из овога произлази, да је наш законодавац прихватио доказну концепцију о „плодовима отровног дрвета”. У стриктном смислу, онај „доказ” који је неваљани, било директно (сам по себи), било индиректно (према начину прибављања), у формалном смислу уопште и није доказ.

Доказне радње су у важећем Законнику о кривичном поступку, уређене на начин који је релативно сличан регулативи некадашњих „истражних” радњи у нашим, деценијама важећим закони(ци)ма о кривичном поступку, а подела на опште и посебне доказне радње је израз одређених теоријских концепција, које су у наше позитивно кривично процесно право први пут формално уведене Закоником о кривичном поступку из 2006. године, који никада није целовито примењен.⁶⁰

Увођењем јавно-тужилачке истраге, озбиљан проблем настаје у односу на судско вредновање јавно-тужилачких, па и полицијских доказа, јер важећи ЗКП познаје потпуно исте, бројне разлоге за одступање од начела непосредности на главном претресу, као и раније (док је истрага била судска). Слично као што је то уређено и у још увек позитивном Законнику о кривичном поступку, тј. у ЗКП-у из 2001. године и у новом ЗКП-у из 2011. године, прописује се неколико ситуација, када се на главном претресу могу читати записници о раније датим исказима (члан 406.). Међутим, сада је то веома проблематично, јер се више по правилу, не ради о судским доказима, већ о доказима, које је у истрази прикупио јавни тужилац. Донекле је оправдано да се читају записници када се ради о објективној немогућности да се већ испитана лица поново испитају, јер су умрла или душевно оболела, али је потпуно погрешно да се остави могућност читања записника и онда када сведок или вештак, без законског разлога, неће да исказује на главном претресу. Овде, тј. у пракси, када је у питању одступање од начела непосредности, треба бити веома опрезан, јер су широка одступања од тог начела, у објективном смислу, веома опасна по интересе правичног кривичног поступка и између осталог, суштински супротна устаљеној пракси и Европског суда за људска права.

60 Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, „Службени гласник”, Београд, 2007, стр. 295 – 296.

ОПТУЖЕЊЕ

1. Уводне напомене

За кривични поступак установљен 2011. године, сматра се да представља компилацију инквизиционог модела претходног поступка и адверзијалног главног претреса из англоамеричког типа кривичног поступка.⁶¹ У једном таквом моделу, у коме је судска истрага замењена јавно-тужилачком, било је нужно преуредити фазу оптужења у претходном кривичном поступку, а посебно систем контроле оптужбе, зато што се тек у овој фази кривична ствар по први пут износи пред суд, будући да није предвиђена судска контрола покретања јавно-тужилачке истраге.

Пошто је покретање и спровођење истраге поверено искључиво јавном тужиоцу, уз потпуно потискивање суда из ове фазе, изузев кад треба ограничити права и слободе окривљеном, као логично решење наметнула се контрола оптужбе у свакој кривичној ствари. Том идејом руководили су се и законописци, али уместо да осмисле концепцијски нови систем судске контроле оптужбе по службеној дужности, извршили су ревизију до тада важећег система. Механички су одстранили приговор против оптужнице, да би остала само контрола по службеној дужности, а све остале одредбе из раније важећег Законика о органу који врши контролу, поступку и одлукама, дословце су преузели и незнатно их терминолошки ускладили са новом законском дефиницијом почетка кривичног поступка. Уистину, да би у поступак контроле оптужбе унели адверзијалне елементе, увели су и одговор на оптужницу, али он нема неки процесни значај, будући да нису прописане никакве процесне последице, ако суд не узме у обзир изјављени одговор.

61 Опширније, види наш рад: *Природа и процесна структура новог кривичног поступка Србије*, Правни живот, бр. 9/2011, стр. 755-772.

Контрола оптужбе после увођења јавно-тужилачке истраге, сама по себи, а особито због механицистичког приступа законотписача њеној ревизији, постала је актуелна тема за теоријску и стручну анализу. Због тога ће у овом раду бити анализирани одредбе, којима је уређена фаза оптужења (стављање под суд), што укључује расправу о подизању оптужбе, систему контроле оптужбе, поступку судске контроле (који обухвата прелиминарно испитивање оптужног акта и одлуке ванпретресног већа) и о праву жалбе на судске одлуке донете у том поступку.

2. Уопштено о фази оптужења

Пресуђењу кривичне ствари претходи фаза оптужења, тј. фаза „стављања под оптужбу”, чија је сврха припрема главног претреса (у овој фази се подиже оптужни акт, којим се захтева одржавање главног претреса, омеђује се предмет пресуђења и окривљени се упознаје са оптужбом). Отуда је оптужење фаза⁶² припремног, претходног стадијума кривичног поступка, која може започети ако постоји довољно основана сумња (тзв. вероватноћа) о кривичном делу и о учиниоцу. Почев од ове фазе, остварује се оптужба у ужем смислу (краће – оптужба), за разлику од истраге, коју карактерише оптужба у ширем смислу⁶³ (прецизније – кривично гоњење). Иницирање ове фазе је тачка у којој кривично гоњење еволуира у оптужбу, као резултат јачања чињеничног супстрата, на којем се темељи оптужба.

Фаза оптужења се састоји од *подизања оптужног акта и судске контроле оптужбе*, која се спроводи по службеној дужности. У општој форми се судски поступак покреће подизањем оптужнице за кривична дела која се гоне по службеној дужности и приватном тужбом. Подизању оптужнице, по правилу претходи истрага, али јавни тужилац може подићи и непосредну оптужницу, када сматра да располаже са довољно доказа, па није потребно спроводити истрагу. Оптужни акт се подноси у писаној форми, али се може поднети усмено, на главном претресу, за учињена кривична дела.

Овлашћени тужиоци. – Према начелу оптужбе, општа форма кривичне процедуре редовно започиње подизањем оптужног акта од стране тужиоца. Темељећи уређење поступка пресуђења кривичне ствари на овом начелу, новим процесним кодексом, предвиђено је да се редовни кривични поступак пред судом прве инстанце (сада кривични поступак у ужем смислу, тј. судски кривични поступак), покреће на основу оптужнице јавног тужиоца или приватне тужбе. Више није могуће да се кривични поступак пред судом покрене на основу оптужнице оштећеног, пошто по новом законском решењу оштеће-

62 Има мишљења да је реч о „међуфази”, која се налази између фазе истраге, која је јавно-тужилачка и главног претреса, који је судска фаза.

63 Исто тако: др Божидар Марковић, *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, „Народна Штампарија”, Београд, 1930, стр. 472.

ни у истрази не може стећи својство супсидијарног тужиоца, било да јавни тужилац по кривичној пријави уопште не покрене истрагу, било да је након покретања обустави.

Да је и приватни тужилац овлашћен да подигне приватну тужбу у општој форми кривичног поступка, произлази из одредбе којом је предвиђено да ће се „одредбе о оптужници и испитивању оптужнице” сходно примењивати и на приватну тужбу, „осим ако се она подноси за кривично дело, за које се спроводи скраћени поступак” (чл. 331. ст. 6.). Одредба је преузета из до сада важећег кодекса (чл. 265. ст. 2. ЗКП/01), без икаквих суштинских измена, али су законописци изгледа изгубили из вида да су проширили примену сумарног кривичног поступка. Са проширивањем поља важења сумарног кривичног поступка на сва кривична дела, са забрањеном казном затвора до осам година (чл. 495.), одредбе о приватном тужиоцу у редовном кривичном поступку постале су фактички сувишне, могло би се рећи и без икаквог смисла, јер су забрањене казне за кривична дела, која се гоне по приватној тужби⁶⁴ остале непромењене и ниже су од лимита потребног за општу форму поступка. Наиме, изузев два кривична дела,⁶⁵ којих скоро да нема у судској пракси, за сва остала кривична дела која се гоне по приватној тужби, у Кривичном законнику прописане су казне мање од осам година затвора, те се по нормама новог процесног кодекса, за та дела може судити само у сумарном кривичном поступку, у којем се, по самом закону „одредбе о оптужници и испитивању оптужнице”, не примењују. Због те унутрашње некохерентности новог кодекса и неусклађености са материјалним кривичним правом, одредбе о приватном тужиоцу у редовном кривичном поступку треба брисати из законског текста.

Из круга овлашћених тужилаца, који имају право да захтевају покретање редовног кривичног поступка, искључен је оштећени као супсидијарни тужилац, па је тако, уз свођење приватног тужиоца у овом поступку на једно кривично дело, јавни тужилац инаугурисан у јединог тужиоца, овлашћеног да од суда захтева покретање редовног кривичног поступка. Искључењем супсидијарне тужбе приликом иницирања судског кривичног поступка, доводи се у питање заштита права оштећеног, а његов положај је погоршан. Према новом законском решењу, до момента потврђивања оптужнице, оштећени је у потпуности препуштен јавном тужиоцу, с тим што заштиту својих права може тражити и од вишег јавног тужиоца (чл. 51. ст. 3.), али је питање да ли је са становишта гарантованих људских права допуштено да се искључи судска заштита у кривичним стварима, а то значи, у фази истраге и приликом покретања судског кривичног поступка.

64 О критици тзв. законске казнене политике за кривична која се гоне по приватној тужби, види: Војислав Ђурђић, *Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка*, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања*, Београд, 2009, стр. 109 и 110.

65 Од свих кривичних дела која се гоне по приватној тужби, само су за кривично дело тешке крађе из чл. 204. ст. 4. И кривично дело преваре из чл. 208. ст. 4. Кривичног законика прописане казне затвора од две до десет година и то под условом да је то дело извршено према лицу са којим учинилац живи у заједничком домаћинству (чл. 222. КЗ).

Подизање оптужнице. – За подизање оптужнице потребно је да се истуне два услова. Материјални услов је да постоји *оправдана сумња* да је одређено лице учинило кривично дело које му се ставља на терет. Формални услов је да јавни тужилац подигне оптужницу у писаној форми, у законом прописаном року. У закону је одређено да тај рок износи петнаест дана, од момента када је јавни тужилац наредбом констатовао да је истрага завршена. То је инструктивни рок и може се продужити за још тридесет дана, по одобрењу вишег јавног тужиоца. Због пропуштања рока за подизање оптужнице могућ је приговор (оштећеног, окривљеног и његовог браниоца) вишем јавном тужиоцу, који у року од петнаест дана доноси решење о приговору, против којег није дозвољена жалба. Приговор може бити одбијен као неоснован или пак усвојен и у том случају виши јавни тужилац издаје обавезно упутство нижем јавном тужиоцу да подигне оптужницу у одређеном року, који не може бити дужи од тридесет дана.

Формирање судских списа. – Оптужница се подноси већу позивних судија (чл. 21. ст. 4.) у довољном броју примерака и уз њу „списи сачињени током истраге, од стране јавног тужиоца” (чл. 333. ст. 1.). На основу тих списа формирају се, по први пут у једној кривичној ствари, судски списи. У том погледу, процесна правила уопште нису измењена – формирање списа уређено је као да је истрага и даље судска. Наиме, јавни тужилац у истрази формира списе предмета, који се приликом подизања оптужнице једноставно достављају већу позивних судија (чл. 331. ст. 1.), а потом судећем већу (чл. 344. ст. 1.) и тако, без икаквих препрека, јавно-тужилачки списи постају судски списи. На тај начин се резултати претходних истраживања јавног тужиоца (из предистраге и истраге) преливају на главни претрес. Због надмоћног положаја јавног тужиоца у претпретресним фазама поступка, у односу на окривљеног као супротне странке, пошто му на располагању стоје сви државни ресурси, посве је јасно да ће се кроз тако формиране „судске” списе, његов утицај пренети до судећег већа и несумњиво утицати на уверење судија приликом изрицања пресуде, независно од доказа који буду изведени на главном претресу.

Контрола формалне исправности оптужнице. – Као једини судски орган коме је у функционалну надлежност стављен поступак контроле оптужбе, по новом Законику је ванпретресно веће. По пријему оптужнице, веће позивних судија одмах испитује да ли она садржи све формалне елементе прописане законом, па ако је непрописно састављена, враћа је јавном тужиоцу на исправку. Остале одредбе о року за исправљање оптужнице и пропуштању рока, у свему су исте као у раније важећем процесном Законику, с тим што је прецизирано да ће оптужница бити одбачена, ако јавни тужилац пропусти тај рок. Ова процесна санкција предвиђена је ради успостављања процесне дисциплине и побољшања ефикасности поступка. Но, не треба губити из вида да све одлуке јавног тужиоца, па и оне које представљају законску презупцију, не могу стећи правну снагу (на њих се не примењује начело *ne bis in idem*), па би јавни тужилац, по том основу, имао овлашћење да и након одбацивања, поднесе формално исправну оптужницу. Независно од тога, може се приговорити да је нерационално да комплетно веће заседа како би утвр-

дило да је оптужница непрописно састављена, па да након поновног достављања оптужнице, изнова држи седницу. Једноставније је и далеко рационалније, да испитивање формалне исправности врши инокосни судски орган, у овом случају, или судија за претходни поступак, или председник већа позивних судија, у чију би се функционалну надлежност могле ставити и неке друге одлуке, за које је сада прописано да их доноси веће у оквиру прелиминарног испитивања оптужнице. Овако како је сада регулисано, ванпретресно веће два пута заседа по истој оптужници – једном испитује и одлучује о формалној ваљаности оптужнице, а након подизања исправљене оптужнице, испитује њену чињеничну и правну заснованост.

Одлучивање о притвору. – Одмах по пријему оптужнице, веће такође одлучује о предлогу за одређивање притвора, или испитује ранију одлуку о притвору (чл. 334.), по правилима која су у потпуности, без икаквих измена или допуна, преузета из ранијег процесног Законика.

Одговор окривљеног на оптужницу. – Прописно састављену оптужницу, председник већа позивних судија доставља окривљеном – ако је на слободи, без одлагања, а ако се налази у притвору, у року од 24 часа од пријема оптужнице, а у нарочито сложеним предметима, у року од највише три дана, од дана пријема оптужнице (чл. 335 ст. 1). Предаја оптужнице лицу коме је ванпретресно веће тек одредило притвор или се већ налази у притвору, врши се по правилима која су преузета из раније важећег процесног Законика (чл. 270 ст. 3. и 4. ЗКП/01). Уз оптужницу се окривљеном доставља или предаје, поука о праву на подношење приговора.

По пријему оптужнице, окривљени има право да поднесе писани одговор на оптужницу, у року од осам дана, од дана достављања или предаје оптужнице (чл. 336 ст. 1.). И без посебног овлашћења окривљеног, али не и против његове воље, одговор на оптужницу може поднети и бранилац. Због тога оптужницу треба достављати и браниоцу, иако то није изричито прописано.

Увођењем одговора на оптужницу, уместо досадашњег приговора против оптужнице, настоји се осигурати начело контрадикторности, истина на посредан начин, како би архитектура претходног кривичног поступка била у служби идеје о правичном поступку. Међутим, у закону није прописано шта одговор треба да садржи и какво дејство има, нити се уопште више помиње у законском тексту. Није предвиђено, ни да ће га веће позивних судија узети у обзир, што би био минимум приликом судског одлучивања о оправданости и законитости оптужбе, нити су прописане последице, ако веће у потпуности занемари постојање одговора окривљеног, на оптужбу јавног тужиоца. Овако, без наметања обавезе да га веће разматра, одговор окривљеног на оптужбу остаће само украс, који судску контролу оптужбе треба да учини правичном и контрадикторном, а да ли ће у судској пракси таква и бити, препуштено је судијама да својим личним ставом према судској контроли оптужбе, то и потврде или одбаце. Ипак, може се очекивати да ће судије у пракси узимати у обзир сваки одговор на оптужницу, просто зато што је прописан законом.

3. Системи контроле кривичне тужбе у упоредном праву

У савременом кривичном поступку, независно од тога да ли се ради о оптужном (англоамеричком), или мешовитом (континенталноевропском) типу кривичне процедуре, окривљени се не изводи на главни претрес одмах након подизања оптужбе, већ суд, по правилу, претходно испитује оптужбу. Та етапа се у континенталноевропском кривичном поступку налази између истраге и главног претреса и у ствари, представља „претходно суђење о оптужби”. У поступку контроле оптужбе, суд мериторно не пресуђује кривичну ствар, већ испитује да ли се окривљеном уопште може судити на главном претресу. Суштину контроле оптужбе у ужем, правом смислу⁶⁶ чини *испитивање оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес*. Контролу „оправданости” оптужбе треба схватити као судско испитивање и оцену основаности оптужбе, до одређеног степена⁶⁷ сумње. Контрола законитости оптужбе обухвата испитивање и оцену материјалноправних и процесноправних услова, као и евентуалних сметњи за извођење окривљеног на главни претрес ради суђења. Судска контрола оптужбе не сме да се претвори у пресуђење кривичне ствари пре главног претреса. Задатак суда је да реши, може ли се уопште судити окривљеном, а да ли ће и бити осуђен, мериторно се решава на главном претресу. О упућивању кривичне ствари на главни претрес, суд одлучује на такав начин да не прејудицира доношење мериторне одлуке. Ради ефикасног одвијања главног претреса, у поступку контроле оптужбе, суд решава и нека друга питања која су од акцесорног значаја, у односу на основни предмет контроле (нпр. одлучује о спајању и раздвајању кривичног поступка, правној квалификацији, притвору и др.).

Основна сврха судске контроле оптужбе је да спречи неоправдано и незаконито извођење окривљеног на главни претрес.⁶⁸ Поред тога, задатак судске контроле је да испита законитост примене мера принуде (притвора, јемства и др.), ако су изречене и да омогући упућивање кривичне ствари на главни претрес ради пресуђења (кад суд оцени да је оптужба чињенично заснована и законито подигнута). У оптужном типу кривичног поступка, сврха те контроле је још и да омогући окривљеном да сазна за доказе којима располаже оптужба и да се фиксирањем исказа сведока осигура њихова доказна снага.

66 Контролу оптужбе у ужем смислу треба разликовати од судске контроле кривичног гоњења, тј. оптужбе у ширем сислу, која се врши путем покретања истраге, када је истрага судска, или када је контрола покретања јавно-тужилачке (или полицијске) истраге поверена суду (види: Војислав Ђурић, *Кривично процесно право – Посебни део*, Ниш, 2011, стр. 77).

67 У новом процесном кодексу тај степен је „оправдана” сумња, како је и именована сврха контроле оптужбе у делу који се односи на њену чињеничну заснованост (види чл. 331. ст. 2.). Теоријски гледано, то би морао бити виши степен, од оног потребног за спровођење истраге: до сада је за покретање истраге била неопходна „основана сумња”, па је за подизање оптужбе била потребна „вероватноћа”; у новом кодексу је за покретање (јавно-тужилачке) истраге потребан нижи степен – „основи сумње”, а за подизање оптужбе „оправдана сумња”, као виши степен.

68 Цф. А. С. Мамыкин, Назначение судебного заседания, в кн. Уголовный процесс, под общей редакцией А. С. Обликова, Москва, 1999, стр. 222. и 223.

Историјски и упоредноправно посматрано, контрола оптужбе уређена је на различите начине. У мноштву специфичности законске регулативе треба пронаћи заједничке одлике, по којима се дати начин контроле може препознати и класификовати у одређену групу. За груписање разнолике контроле оптужбе у одређени тип, односно систем, могу се као валидни узети различити критеријуми: на чију иницијативу се спроводи поступак контроле оптужбе, састав суда који врши контролу, форма поступка у којем се одлучује, сврха и обим одлучивања поводом подигнуте оптужбе и др.

Према субјекту који иницира поступак контроле оптужбе, постоје три система контроле: (а) контрола оптужбе *на иницијативу (или вољом) окривљеног*, (б) контрола оптужбе *по службеној дужности* и (в) *мешовити систем*, кад су у кривични поступак инкорпорирана оба претходна система контроле.

У првопоменутом систему, нема судске контроле оптужбе без иницијативе окривљеног, или против његове воље. Том систему припада контрола оптужбе *по приговору против оптужнице*, која је у наш правни систем уведена још 1929. године,⁶⁹ а таква мешовита организација стављања под оптужбу након истраге, преузета је из аустријског кривичног процесног права, у који је уведена 1873. године, по предлогу Глазера.⁷⁰ Контрола оптужбе искључиво на основу приговора против оптужнице окривљеног, или његовог браниоца, задржала се у нас до 1976. године. У овај систем контроле оптужбе може се разврстати и модел кривичног поступка, у коме је судска контрола оптужбе право⁷¹ окривљеног, којег се он може одрећи, као што је то у правном систему САД. У америчком поступку, наиме, судија (магистрат) заказује претходно рочиште (*preliminary examination*),⁷² на којем се врши контрола оптужбе, само ако се окривљени не одрекне права да се на том рочишту испита има ли довољно доказа за подизање оптужбе против њега, али се ово прелиминарно испитивање оптужбе не врши за кривична дела, која се пресуђују у сумарном кривичном поступку (*petty offences*).

Другом систему контроле припадају она законска решења код којих за покретање поступка судске контроле оптужбе, није потребна никаква иницијатива странака, него је довољно да тужилац подигне оптужни акт, па да суд по службеној дужности изврши контролу оптужбе, што по правилу, чини у сва-

69 Опширније: др Божидар Марковић, *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1930, стр. 476-484.

70 М. П. Чубински, *Научни и практични коментар законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије*, Београд, 1933, стр. 365.

71 Види: др Мирјан Дамашка, *Кривично процесно право САД* (скрипта), Загреб, 1963, стр. Ц-26.

72 Након прелиминарног испитивања оптужбе на претходном рочишту пред магистратом, по правилу следи поступак стављања под оптужбу пред „великом поротом“. Поступак покреће јавни тужилац подношењем нацрта оптужбе (и листе сведока које треба испитати), а након испитивања, велика порота (по правилу) потврђује нацрт оптужбе и та се оптужба (*indictment*) подноси суду, по којој он треба мериторно да пресуди. Будући да се пред поротом непотребно понавља испитивање оптужбе спроведено на претходном рочишту пред магистратом, поред оних држава САД у којима је оптуживање од стране велике пороте обавезно, постоје и државе у којима јавни тужилац одлучује да ли ће подићи оптужницу (*information*), или покренути поступак пред великом поротом да подигне оптужбу (*indictment*), као и државе у којима оптуживање од стране велике пороте уопште не постоји. Оптуживање од стране велике пороте се у САД сматра правом окривљеног, којег се он може одрећи, чак и у оним државама, у којима је поступак оптуживања од стране велике пороте обавезан.

кој кривичној ствари. Овај систем предвиђен је у процесним законодавствима континенталноевропских и других земаља, у којима је истрага поверена јавном тужиоцу, било да те земље баштине класичан мешовити тип кривичног поступка (као што је нпр. немачки, руски, или бугарски кривични поступак), било да су реформисале своје кривичне процедуре под утицајем оптужног типа кривичне процедуре, или рецепцијом његових принципа и установа (попут хрватског, српског, или босанско-херцеговачког кривичног поступка), или пак припадају класичном оптужном систему кривичног поступка (као што је енглески). Судска контрола оптужбе неопходна је у свакој кривичној ствари, зарад заштите права и слобода окривљеног (или осумњиченог), јер истрагу не спроводи суд, већ државни орган посебно установљен за гоњење учинилаца кривичних дела (у мешовитом типу), или истраге у класичном смислу, како се она схвата у континенталноевропском праву, уопште и нема. У нас је контрола оптужбе по службеној дужности била предвиђена Законом о кривичном поступку из 1948. године⁷³ и вршила се на тзв. *припремној седници* судећег већа.

Трећи, мешовити систем контроле оптужбе представља комбинацију претходна два – контрола оптужбе је могућа и на иницијативу окривљеног и по службеној дужности. Овај мешовити систем судске контроле оптужбе био је предвиђен нашим процесним Закоником из 2001. године⁷⁴ – важило је правило да контролу оптужбе врши суд, на основу приговора против оптужнице који поднесе окривљени или његов бранилац (контрола на иницијативу окривљеног), а ако приговор не буде поднет или буде одбачен, била је могућа судска контрола оптужбе на захтев председника судећег већа (контрола по службеној дужности).⁷⁵

Контролу оптужбе врше различити судски органи у *инокосном* или *зборном саставу*, а овај други састав могу чинити: (а) *само судије по позиву*, (б) и судије поротници и професионалне судије (који чине *мешовито веће*), или (ц) *само поротници*. Инокосни састав суда који врши контролу оптужбе процесноправно је условљен формом и структуром датог типа кривичног поступка, па ту улогу врше разноврсни инокосни судски органи, на пример, магистрат у америчким државама, или судија за претходни поступак у Републици Српској, инокосни судија у Русији,⁷⁶ или у Бугарској⁷⁷, итд. Зборни састав суда кога чине искључиво професионалне судије (тзв. *веће позивних судија* или *ванпретресно веће*), установљен је као орган судске контроле оптужбе, на пример, у црногорском⁷⁸ и новом српском кривичном поступку.⁷⁹ И хрватским

73 Види члан 186. Закона о кривичном поступку ФНРЈ („Сл. лист. ФНРЈ” бр. 97 од 6. новембра 1948).

74 „Сл. гласник СРЈ” бр. 70/2001 и 68/2002 и „Сл. гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005 и 85/2005.

75 Амлиус: Војислав Ђурђић, Кривично процесно право – Посебни део, Ниш, 2011, стр. 79-96.

76 Види: V. V. Vandyšev, *Ugolovnyj process*, Sankt-Peterburg, 2002, str. 271-278.

77 Види чл. 254. ст. 1. ЗКП Бугарске (Наказателно-процесуален кодекс, изд. «Нова звезда», Софија, 2007).

78 Опширније: Драго Радуловић, *Коментар законика о кривичном поступку Црне Горе*, Подгорица, 2009, стр. 58-60, 346. и 347.

79 Одредбом чл. 21. ст. 4. Законика о кривичном поступку из 2011. године, предвиђено је да веће које чине троје (професионалних) судија, између осталог, „доноси одлуке изван главног претреса”, што се конкретизује одредбама о поступку контроле оптужбе („Сл. гласник РС” бр. 72/2011).

процесним законодавством предвиђено је да контролу кривичне тужбе врши веће позивних судија, али (чини се посве рационално) у садејству са судијом истраге, који претходно врши формално испитивање оптужнице, тако да се у поступку судске контроле оптужбе јавља и инокосни (судија истраге) и зборни састав суда (оптужно веће).⁸⁰ Мешовито веће састављено од судија по позиву и судија поротника, као судски орган који врши контролу оптужбе на припремној седници,⁸¹ било је карактеристично за бивше источноевропске земље. За разлику од претходно поменутих судских органа у упоредном праву, то мешовито веће које је вршило контролу оптужбе, након тога је пресуђивало кривичну ствар на главном претресу, дакле, јављало се као судеће веће. У немачком кривичном поступку, судеће веће је и данас судски орган који испитује оптужбу и одлучује да ли ће се отворити главни претрес.⁸² Контрола оптужбе од стране поротног суда била је карактеристична за енглески кривични поступак, у коме је упућивање кривичног предмета на главни претрес, ради пресуђења, вршила „велика порота”, која се задржала до данашњих дана у неким америчким државама.

Форма поступка судске контроле није униформна, па би се све те различитости могле најпре разврстати у писмену и усмену форму. Судска контрола оптужбе у *писменој форми* врши се на основу списка предмета, које тужилац доставља суду након подизања оптужбе (или списка, који су већ формиран у истрази, ако је она судска). Писмена форма је честа кад контролу оптужбе врши инокосни судски орган,⁸³ али није условљена саставом суда који испитује подигнуту оптужбу, у погледу броја судија (инокосни, или зборни састав), или учешћа судија лаика (веће позивних судија, или мешовито веће), нити функцијом коју тај судски орган има у читавом поступку (да ли одлучује пре главног претреса, или је тај судски орган истовремено и састав суда који мериторно пресуђује кривичну ствар на основу главног претреса). Писмена форма јавља се и код зборног састава, било да оптужбу претходно испитује ванпретресно веће, као што је случај у нашем позитивном праву,⁸⁴ или мешовито веће, као што је било у руском процесном законодавству⁸⁵. Усмена форма карактеристична је за претходно испитивање оптужбе у англоамеричком моделу кривичног поступка,⁸⁶ али се све више устаљује и у европском континенталном праву, са продором идеје да правичан поступак претпоставља контрадикторно расправљање и у претпретресним фазама кривичног поступка. За остварење усмене форме неопходно је присуство странака и браниоца на седници, на којој се пред судом прелиминарно расправља о оптужби (отуда и називи *preparatory hearings*,

80 Опширније: Берислав Павишић и сарадници, *Кривично процесно право*, Ријека, 2010, стр. 327-334.

81 О припремној седници, види: М. С. Строгович, *Уголовный процесс, Том II*, Москва, 1970, стр. 218-220

82 §199. StPO.

83 О писменој форми одлучивања која је карактеристична за све босанско-херцеговачке процесне кодексе, види: др Миодраг Симовић, *Кривично процесно право*, Бања Лука, 2009, стр. 331. и 332.

84 Види: Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2010, стр. 426-432; др Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 364-370.

85 Види: *supra* fus nota 16.

86 За енглески кривични поступак види: Peter Hungerford-Welch, *Criminal Procedure and Sentencing, Seventh Edition*, London and New York, 2009, pp. 493-499.

preliminary examination), а у системима контроле који се заснивају на извођењу доказа оптужбе (изузетно и одбране), карактеристичним за англо-америчко право, потребно је да претходном рочишту присуствују и сведоци и вештаци. Иако то није често у упоредном праву, писмена и усмена форма могу се комбиновати у оном поступку контроле оптужбе који тече пред два различита судска органа, као што је предвиђено у хрватском процесном законодавству (судија истраге испитује формалну исправност оптужнице само на основу списка, а након тога оптужно веће испитује оптужницу на седници, на којој се усмено и контрадикторно расправља).

Осим по усменој или писменој форми, поступци судске контроле оптужбе разликују се и у погледу извођења доказа на претходном рочишту, на којем се та контрола и врши. Начелно узев, два су таква начина: према једном, који одликује европско континентално процесно правно, на претходном рочишту се не изводе докази, већ се, по правилу, саслушавају само странке, а одлука се доноси на основу списка предмета у којима су засведочени докази изведени, или прикупљени пре подизања оптужбе; према другом моделу, карактеристичном за оптужни тип кривичног поступка, на претходном рочишту се обавезно испитују сведоци оптужбе (и вештаци у својству стручних сведока). Иако на први поглед није сасвим логично, ова два начина контроле оптужбе могу се комбиновати, тако да се одлука, да нема места кривичном поступку (тј. одлука о одбијању оптужбе), или одлука о упућивању кривичног предмета на главни претрес, може заснивати на списима предмета, а ако то не буде довољно, на доказима које ће извести судски орган на рочишту за претходно испитивање оптужбе, као што је уређено у италијанском поступку.⁸⁷

4. Садржај оптужнице

Оптужница је оптужни акт карактеристичан за општу форму кривичног поступка, у Законику именован као редовни кривични поступак. Суштински, „оптужница је захтев јавног, односно супсидијарног тужиоца сачињен у прописаној форми, којим се од суда тражи извођење окривљеног на главни претрес и његова осуда по закону”.⁸⁸ То је оптужни акт јавног тужиоца или оштећеног, као супсидијарног тужиоца (кад преузме кривично гоњење,

87 У италијанском кривичном поступку, на претходном рочишту судија најпре утврђује присуство странака и других обавезних учесника у овом поступку. Потом странке (и бранилац) воде расправу о оптужби и доказима на којима се она заснива, служећи се подацима садржаним у списима предмета, али окривљени може захтевати да буде испитан по правилима *cross examination*. Ако након те расправе судија закључи да може одлучити на темељу „стања списка”, он издаје налог којим одређује суђење, или доноси „пресуду” да нема места даљем поступку, а ако сматра да не може одлучити на основу списка предмета, упућује државног тужиоца на накнадна истраживања, или по службеној дужности одређује извођење доказа, који се показују као вероватно одлучујући за ослобађање окривљеног, тј. за доношење одлуке, да даљем поступку нема места. Те доказе изводи управо судија који врши контролу оптужбе и то одмах након што је одредио да се изведу, а ако то није могуће, заказује ново рочиште. (Maria Grazia Coppetta, *Претходна истраживања и претходно рочиште*, *Талијански казнени поступак*, редакција Б. Павишић, Ријека, 2002, стр. 156).

88 др Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш, 2014, стр. 164.

након потврђивања оптужнице), за кривична дела која се гоне по службеној дужности, за која је забрањена казна затвора преко осам година или тежа казна. За подизање оптужнице потребно је да тужилац располаже доказним материјалом, на основу кога се може закључити да постоји довољно основана сумња (тј. вероватноћа), да је окривљени извршио кривично дело које му се ставља на терет.

Зато што важи за општу форму кривичне процедуре која се редовно примењује, законодавац је предвидео најпотпунију садржину овог оптужног акта. Оптужница има *обавезне*, а може имати и *факултативне* елементе.

У члану 332. ст. 1. ЗКП-а предвиђено је да оптужница *мора* да садржи:

1. *име и презиме* окривљеног са личним и општим подацима, те подацима о томе да ли се и од када налази у притвору или се налази на слободи, а ако је пре подизања оптужнице пуштен на слободу, онда, колико је провео у притвору;
2. *чињенични опис* дела из кога произлазе законска обележја кривичног дела, време и место извршења кривичног дела, предмет на коме је и средство којим је извршено кривично дело, као и остале околности, потребне да се кривично дело што тачније одреди;
3. *законски назив* кривичног дела са навођењем одредаба кривичног закона, које се по предлогу тужиоца имају применити;
4. *означење суда* пред којим се има одржати главни претрес;
5. *предлог доказа* које треба извести на главном претресу, уз назначење имена сведока и вештака, списка које треба прочитати и предмета који служе за доказ;
6. *образложење*, у коме ће се према резултату истраге описати стање ствари, навести докази којима се одлучне чињенице утврђују, изнети одбрана окривљеног и становиште тужиоца о наводима одбране. Када се подиже непосредна оптужница, онда је разумљиво да се у образложењу не наводе докази и други подаци, на основу резултата истраге, јер истраге није ни било, него на основу резултата предистражног поступка.

Оптужница може да садржи: (а) предлог да се окривљени стави у притвор, ако је на слободи, (б) предлог да се окривљени, који је у притвору, пусти на слободу, (в) предлог да се оптужбе за више кривичних дела, или више окривљених, споје у јединствен поступак.

5. Концепцијски недостаци „новог” модела поступка судске контроле оптужбе

После увођења јавно-туžilачке истраге било је нужно концепцијски осмислити контролу оптужбе, чијим потврђивањем сада тек започиње кривични поступак у ужем смислу. Уместо мешовитог система контроле оптужбе, по приговору против оптужнице и по службеној дужности, Закоником о кривичном поступку из 2011. године, уведено је потврђивање оптужнице по службеној дужности у свакој кривичној ствари. То је нов систем контроле само номинално, јер су, у основи, као што је речено, само изостављене одредбе о приговору против оптужнице, а преостале одредбе су преузете, пресистематизоване и језички дотеране, да изгледају као нови модел контроле. Због тога, систем потврђивања оптужнице има концепцијске недостатке и много више погрешних решења у појединостима.

Основни концепцијски недостатак је у томе што је контрола оптужбе уређена тако, као да је истрага и даље судска фаза, у којој је суд претходно извршио контролу оправданости и законитости покретања кривичног поступка, пренебрегавајући чињеницу да о покретању истраге сада одлучује искључиво јавни тужилац наредбом, против које није дозвољено никакво правно средство, о којем би одлучивао суд. Та дисхармонија између јавно-туžilачке истраге и судске контроле оптужбе, очитује се у одлукама које суд доноси у поступку потврђивања оптужнице. У вези са одлукама у поступку контроле оптужбе, концепцијски је дискутабилно и установљавање жалбе на одлуку о потврђивању оптужнице.

6. Прелиминарно испитивање оптужбе

О оправданости и законитости оптужбе одлучује ванпретресно веће (чл. 337. ст. 1.). У закону није одређено у којој форми тај поступак тече, нити на основу чега веће одлучује. Не само да уопште није предвиђено да веће одлучује у седници већа, што се може претпоставити, будући да се ради о фази поступка која претходи главном претресу, него није решено ни питање страначке или опште јавности. Установљавање потпуно новог система контроле оптужбе, била је прилика да се та контрола уреди у форми претходног рочишта, на коме би странке контрадикторно расправљале о оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес, што би било у хармонији са стандардима, који творе начело правичног поступка. Међутим, законодавац, не само да је ту прилику пропустио, већ је укинуо и досадашње овлашћење већа да позове странке и браниоца на седницу већа, како би усмено изложили своје ставове.⁸⁹ За разлику од регламентације у новом процесном кодексу, учешће

89 Види члан 272. ст. 3. ЗКП/01.

странака на рочишту, на коме се оптужба прелиминарно испитује, све више је распрострањено у упоредном праву,⁹⁰ не само у англоамеричком, него и у европскоконтиненталном типу кривичног поступка.

У закону је експлицитно предвиђено само то да ванпретресно веће испитује оптужницу, али није одређено, на чему ће заснивати своје одлуке, а наводи у оптужници су за то недовољни. Иако нема експлицитне одредбе, треба тумачити да веће испитује оптужбу, на основу списка предмета које суд формира од оних списка које му достави јавни тужилац. Требало је још предвидети, да веће узима у обзир и одговор окривљеног на оптужницу, што ће се у пракси вероватно и дешавати, иначе би законске одредбе о праву окривљеног на одговор, биле без икаквог смисла. Све у свему, у недостатку потребне законске регулативе, треба тумачити да веће испитује оптужбу на нејавној седници, без присуства странака, узимајући у обзир оптужницу, као и одговор на оптужницу и то искључиво на основу списка предмета, које је обавезно да формира након подизања оптужнице. У вези са формирањем судских списка, о чему је напред било речи, на овом месту износимо упозорење да у списима који се достављају већу позивних судија, не би требало да буду садржани незаконити докази.

По пријему исправне оптужнице и одговора на оптужницу, одржава се седница већа, а када ће се одржати, одређује њен председник, међутим, то мора бити најкасније осам дана од истека рока за подношење одговора на оптужницу. На самој седници, веће испитује оправданост и законитост оптужбе на основу доказног материјала који је прикупио јавни тужилац, у истрази или предистрази. Оптужбу треба тумачити и на основу доказа, на које окривљени укаже, у одговору на оптужницу (или евентуално, доказа које је окривљени сам прибавио⁹¹ и доставио суду уз одговор), иако то није прописано законом.

Пошто проучи оптужницу, одговор на оптужницу и доказни материјал, суд оцењује да ли је оправдано (чињенично засновано) и законито да се окривљени изведе на главни претрес, па на основу тога доноси одговарајућу одлуку. Границе испитивања оптужнице одређене су сврхом судске контроле оптужбе: веће треба да размотри све разлоге и основе због којих би, по подигнутој оптужници, извођење окривљеног на главни претрес било неоправдано, тј. било чињенично неутемељено или незаконито. Повластици повезаности (*beneficium cohaesionis*) више нема места, јер се контрола оптужбе сада не врши на иницијативу окривљеног, већ по службеној дужности, у обиму који тре-

90 О контрадикторном поступку на претходном рочишту у кривичном поступку Русије, види: Т. М. Махова, *Предварительное слушание*, в. кн. *Уголовно-процессуальное право Российской Федерации*, изд. „Юристъ”, Москва, 2004, с. 447-452.

91 Законописци су предвидели да осумњичени који је саслушан и његов бранилац имају обавезу да пре завршетка истраге упознају јавног тужиоца са прикупљеним доказним материјалом, који су прикупили у корист осумњиченог и омогуће му „разматрање списка” (!) и разгледање предмета који служе као доказ (чл. 303.). Међутим, после одредби о завршетку истраге, докази које одбрана сама прикупи више се не помињу, а нигде није предвиђено барем право окривљеног (ако не и обавеза), да са тим доказним материјалом упозна суд, па ни приликом достављања одговора на оптужницу. Од достављања суду оних списка и предмета који могу послужити као доказ, прибављених или прикупљених од стране осумњиченог и његовог браниоца, треба разликовати право окривљеног на предлагање доказа.

ба да спречи свако неоправдано и незаконито изношење кривичне ствари на главни претрес и то у односу на сваког окривљеног, против којег је подигнута оптужница, па је зато, с разлогом, изостављена.

Само је ванпретресно веће овлашћено да води поступак контроле оптужбе и да доноси одлуке, не и председник тог већа, нити судија за претходни поступак, мада би то у неким ситуацијама било рационално. На пример, рационално би било да инокосни састав суда испитује формалну ваљаност оптужнице, да доноси одлуку о издвајању списа, па чак и одлуку о ненадлежности. Таква функционална надлежност судије за претходни поступак, или председника ванпретресног већа, не би била преширока, јер постоје системи контроле оптужбе у упоредном праву, где целокупну контролу оптужбе врши инокосни састав суда, као што је у босанскохерцеговачким законодавствима.⁹² Чини се, да би у нашем новом кривичном поступку, подела компетенција између судије за претходни поступак и већа позивних судија, била у хармонији са устројеном концепцијом контроле оптужбе, попут решења у хрватском процесном закону,⁹³ који је иначе законописцима служио као узор за многа законска решења.

На крају још треба констатовати, да се приватни тужилац помиње и у одредбама насловљеним као „испитивање оптужнице”, а већ смо објаснили, да се он практично уопште не може појавити у улози овлашћеног тужиоца у редовном кривичном поступку, зато што су за кривична дела која се гоне по приватној тужби, запрећене казне ниже од осам година затвора (изузев два дела, којих у пракси и нема), те се за та дела може водити само сумарни кривични поступак. То је само потврда става да новелирање процесног законика није могуће, без усаглашавања са материјалним кривичним правом, о чему се увек мора водити рачуна.

7. Одлуке ванпретресног већа у поступку судске контроле оптужбе

После спроведених испитивања и сумарне оцене доказног материјала и законитости оптужбе, ванпретресно веће доноси одговарајућу одлуку. То су суштински исте оне одлуке које је веће, према раније важећим прописима, доносило поводом приговора против оптужнице, с тим што се, по називу разликује само одлука, којом се кривична ствар упућује на главни претрес. Другим речима, новим кодексом преузете су све досадашње одредбе о одлукама по приговору против оптужнице, али су нешто другачије систематизоване. И даље, приликом доношења одлука у поступку контроле оптужбе, суд није везан правном квалификацијом (чл. 341.).

92 Види: М. Симовић, *оп. цит.*, стр. 331, 332, 339. и 340.

93 Види: Б. Павишић, *оп. цит.*, стр. 327-332.

У поступку судске контроле оптужбе, ванпретресно веће може донети следеће одлуке: (1) одлуку о враћању оптужнице ради исправке – чл. 333. ст. 2. о чему је било речи, (2) одлуку о ненадлежности, (3) одлуку којом се наређује допуна или спровођење истраге, (4) одлуку о издвајању записника, или обавештења из списка предмета, (5) одлуку да нема места оптужби и да се поступак обуставља, (6) одлуку о одбијању непосредне оптужбе, (7) одлуку о одбацивању оптужнице, као и (8) одлуку о потврђивању оптужнице (ова одлука може да садржи и одлуку о спајању и раздвајању поступка).

Све те одлуке постојале су и у раније важећем моделу кривичног поступка, те у пракси неће изазивати тешкоће, изузев одлуке о потврђивању оптужнице. Управо зато, што су све одлуке преузете из неког другог система контроле оптужбе, многе од њих су у дисхармонији са новим моделом кривичног поступка, чију „структуру” чине јавно-тужилачка истрага и адверзијални главни претрес. Управо ће те одлуке надаље бити прокоментарисане.

1. Одлука којом веће наређује допуна или спровођење истраге, била је могућа док је истрагу спроводио истражни судија – суд је одлучивао о покретању истраге, па је у поступку контроле оптужбе, суд и могао да нареди да се истрага допуни или спроведе, ако истраге није било. Из тог модела је, у основи, законски текст о овој одлуци и преузет, али сада таква одлука не одговара природи и уређењу јавно-тужилачке истраге – суд је искључен из одлучивања о покретању истраге, а нема правног лека против одлуке јавног тужиоца о отварању истраге, па би закључак био да оно што суд не може у истрази, може у фази оптужења. Ако се томе дода да је главни претрес уређен као адверзијални, мешање суда у спровођење истраге још више постаје анахроно. Осим тога, наредба суда да се спроведе или допуни јавно-тужилачка истрага, у бити представља судску одлуку да се спроведу доказне радње, па се кроз ту судску одлуку испољава инквизициона максима о одговорности суда за прикупљање и извођење доказа, која је у чистом адверзијалном поступку незамислива, па је из тог разлога у новом процесном кодексу и изостављена. Закључак би био да су законописци увели ову инквизициону максиму на почетку судског поступка, а протерали је са главног претреса?!
2. Поводом одлуке о издвајању записника и обавештења, треба упозорити да поступак мора бити уређен тако да ванпретресно веће не сазна за незаконите доказе (нпр. стављањем у функционалну надлежност неком другом судском органу да о томе одлучује). Мала је корист од тога, што ће веће издвојити такве списе, али тек пошто се „инфицира” незаконитим доказима, јер судија не може избрисати сећање (осим, ако се замишља судија који „хладно” доноси одлуку, на основу закона вероватноће,⁹⁴ уз помоћ математике и рачунара).⁹⁵

94 О рачуну вероватноће и оцени доказа у кривичном поступку види: М. Дамашка, *Доказно право у казненом поступку – Опис нових тенденција*, Загреб 2001, стр. 29-41

95 *Ibidem*, стр. 28.

3. Одлуку да нема места оптужби и да се кривични поступак обуставља (чл. 338.), ванпретресно веће доноси када установи: 1) да дело, које је предмет оптужбе, није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности, 2) да је кривично гоњење застарело, да је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, те да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење, 3) да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе. По основу из тачке 3. суд доноси одлуку о обустави и у случају када, по непосредно подигнутој оптужници, нареди спровођење истраге, па након тога нађе да нема довољно доказа за основану сумњу.
4. Одлука, да нема места оптужби и да се поступак обуставља, такође је механички пренета из модела у коме је истрага судска и као таква представља прву фазу кривичног поступка у ужем смислу. Таква одлука је логична консеквенца усвојеног, али теоријски неутемељеног и концепцијски дубиозног схватања, да кривични поступак започиње отварањем јавно-туžilачке истраге. Насупрот томе, скоро је општеприхваћено у кривичнопроцесној теорији, да је кривични поступак, у бити, један кривичнопроцесни однос који настаје, тече и окончава се између суда и странака, у циљу правилне примене кривичног закона, на кривичну ствар која је предмет поступка.⁹⁶ Отуда, полазећи од неспорних научних гледишта, јавно-туžilачка истрага не може бити фаза кривичног поступка у ужем смислу, зато што без суда и странака нема кривичнопроцесног односа, па самим тим ни кривичног поступка.⁹⁷ У моделу поступка са јавно-туžilачком истрагом, кривични поступак у ужем смислу, тј. судски кривични поступак започиње потврђивањем оптужнице. У моменту испитивања оптужнице, дакле, кривичног поступка још увек нема, па се не може ни обуставити (може се обуставити само поступак који је започео). Из тих разлога, уместо одлуке да нема места оптужби и да се поступак обуставља, у тим случајевима концепцијски би било исправно да се оптужба одбија. Саобразно тој идеји, у једном кохерентном систему контроле оптужбе, који би био у хармонији са јавно-туžilачком истрагом и адверзијалним главним претресом, одлуке би могле бити следеће: одлука о одбацивању оптужнице, одлука о одбијању оптужбе и одлука о потврђивању оптужнице.
5. Одлуку о одбацивању оптужнице суд доноси када установи да нема захтева овлашћеног тужиоца, потребног предлога или одобрења за кривично гоњење, или да постоје друге околности које привремено спречавају гоњење (чл. 339 ст. 2.). Правнотехнички је погрешно да се одредба о одбацивању оптужбе уноси у члан који има рубрум „Одбијање оптужбе”.

96 О дефиницији кривичног поступка види: др Тома Живановић, *Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права (поступка)*, I одељак, Београд 1940, стр. 7, 8, 36, 49. и 50; др Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд 1981, стр. 5; др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд 2006, стр. 27; др Давор Крапац, *Кривично процесно право – Прва књига: институције*, Загреб, 2003, стр. 4; др Станко Бејатовић, *Кривично процесно право*, Београд, 2008, стр. 48; др Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 2; др Војислав Ђурић, *Кривично процесно право – Општи део*, Ниш, 2014, стр. 7-10. и др.

97 В. Ђурић, *Редефинисање класичних процесних појмова у преднацрту Закона о кривичном поступку Србије из 2010*, Ревизија за кривично право и криминологију, бр. 2/2010, стр. 5-6.

6. Одлука о потврђивању оптужбе дефинисана је негативно: „Ако не донесе ниједно решење из чл. 340.”, веће ће својом одлуком потврдити оптужницу. У моделу поступка у коме истрага није судска, одлука о потврђивању оптужница мора бити позитивно дефинисана, јер њеним доношењем тек започиње кривични (судски) поступак. У моделима кривичног поступка, у којима је истрага судске природе, судска контрола почетка кривичног поступка (контрола кривичног гоњења), врши се приликом отварања истраге, па је након завршетка истраге довољна и негативна дефиниција разлога за доношење одлуке, којом се кривична ствар упућује на главни претрес. После увођења јавнотужилачке истраге, судска одлука о упућивању кривичне ствари на главни претрес мора бити позитивно дефинисана у закону и заснована на уверењу суда, да за то има довољно доказа. Суд, дакле, на основу расположивог доказног материјала, мора да стекне уверење да постоји потребан степен сумње да се кривична ствар изнесе на главни претрес, а не да нема места доношењу других одлука, па да то буде разлог за потврђивање оптужнице.

Због негативно одређених разлога за доношење одлуке о потврђивању оптужнице, у пракси је образложење ове одлуке недовољно, а често и изостаје. То се може и разумети, јер се она доноси када нема места доношењу других одлука (примера ради, одлуци да се суд оглашава ненадлежним, из чл. 337. ст. 2, или одлуци о обустави кривичног поступка, из чл. 338, као ни одлуци о одбијању оптужбе, из чл. 339.), па је довољно да суд у образложењу констатује (пошто се и та одлука мора образложити), да увидом у списе предмета и сумарне оцене читавог доказног материјала, није нашао да постоје разлози за доношење било које од тих одлука. Да су разлози позитивно дефинисани, суд би морао да образложи да је надлежан, да је утужено дело кривично дело, да нема сметњи које искључују кривично гоњење и да на основу сумарне оцене прикупљених и изведених доказа оцени и образложи, да је стекао уверење о постојању довољно основане сумње да је окривљени извршио кривично дело које му се оптужбом ставља на терет. Образложење довољно основане сумње не сме се претворити у оцену сваког доказа појединачно, јер се таква оцена врши само у одлуци којом се пресуђује кривична ствар (суд треба да утврди и образложи, да су сви докази на којима се заснива оптужба законити, да су сами по себи и у целини, подобни да произведу осуду, да нема веродостојних доказа у корист одбране који искључују супротно, да у својој укупности оправдавају сумњу и сл.).

У вези са одлуком о потврђивању оптужнице, може се још приметити да законописци нису предвидели да се оптужница може и делимично потврдити. Да је као окосница контроле оптужбе постављено испитивање, има ли основа да се подигнута оптужница потврди, а не, да ли је приговор против оптужнице основан, то би се морало предвидети. Могућност да суд у поступку контроле потврди само неке тачке оптужнице, уобичајена је у упоредном праву

(делимично потврђивање оптужнице познају процесна законодавства БиХ⁹⁸, Хрватске⁹⁹, Немачке¹⁰⁰ и др.). То ће сигурно изазвати тешкоће у пракси, пошто је извесно да ће за тиме настати потреба, када се подиже оптужница за више кривичних дела или против више лица, па оцена суда може бити да је оправдано и законито изношење на главни претрес само неких кривичних дела, или извођење само неких окривљених. Стога треба тумачити да ако новим Закоником није предвиђено делимично потврђивање оптужнице, оно није ни искључено. У том случају, веће треба да раздвоји поступак и да неспорни део оптужнице потврди, а да у односу на преостали део донесе одговарајућу одлуку (о одбијању оптужбе, или о одбацивању оптужнице).

У поступку судске контроле оптужбе, одлуке се доносе у форми решења. Све одлуке већа морају бити образложене, али само једна (а не све, како гласи законски текст) и то одлука о потврђивању оптужнице, мора бити образложена тако да се унапред не утиче на решавање оних питања, која ће бити предмет расправљања на главном претресу (чл. 342.).

8. Право жалбе на одлуке ванпретресног већа

Судска контрола оптужбе могућа је и пред вишом инстанцом, када је по закону дозвољена жалба. Неке одлуке може жалбом побијати само јавни тужилац, а друге само окривљени (чл. 343.). Јавни тужилац може изјавити жалбу против одлуке о ненадлежности, одлуке о обустави поступка, одлуке о одбијању непосредне оптужбе и одлуке о одбацивању оптужнице. Окривљени има право да се жали само против одлуке о потврђивању¹⁰¹ оптужнице. То је ново законско решење (јер према досадашњим прописима окривљени није имао право да изјави жалбу против одлуке суда, којом је његов приговор одбијен као неоснован), које је у интересу окривљеног, али не доприноси ефикасности поступка. Осим тога, такво решење отвара питање, када се има сматрати да је оптужница потврђена? У вези с тим, отварају се и друга питања: када треба сматрати да неко лице постаје оптужени (чл. 2. ст. 1. тач. 3.),¹⁰² или

98 Види чл. 228. ЗКП-а Републике Српске.

99 Види чл. 356. ЗКП-а Хрватске.

100 У немачком поступку, када суд донесе решење да се отвори главни претрес, којим дозвољава да се оптужница размотри на главном претресу, у том решењу одређује са којим ће се изменама прихватити оптужница на главном претресу (§207 StPO). У том случају је тужилаштво дужно да суду достави нову оптужницу, у складу с тим решењем. (Amplius: Klaus Volk, Grund Kurs StPO, 7. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, 157,158).

101 У немачком процесном закоником није дозвољена жалба против одлуке о упућивању кривичне ствари на главни претрес (§210 StPO).

102 Дефиниција оптуженог аналогна је дефиницији из старог Законика, али је она до сада била недвосмислена, јер против одлуке о одбијању приговора као неоснованог, окривљени није имао право жалбе и оптужница је у том моменту ступала на правну снагу, па је од тог момента он постајао оптужени (чл. 21. ст. 1. тач. 3. ЗКП/01). Сада оптужба стаје на правну снагу у моменту када суд негативно одлучи по жалби, а лице које оптужница терети, према слову закона, постаје оптужени пре тога.

када треба започети са припремама за главни претрес (чл. 344.) – после потврђивања оптужнице, или када она буде правноснажно потврђена?

Из круга субјеката који имају право жалбе на одлуке већа, донете у поступку судске контроле оптужбе, искључен је оштећени,¹⁰³ чиме се потврђује становиште законописаца, да оштећени може постати супсидијарни тужилац, само у започетом судском кривичном поступку. Изгледа да се обистињује зебња, да са сваким новелирањем процесног Законика положај оштећеног постаје све неповољнији.

9. Закључне напомене

У новом моделу кривичног поступка, са јавно-тужилачком истрагом и адверзијалним главним претресом, било је нужно да се уведе контрола оптужбе по службеној дужности, у свакој кривичној ствари. То је и учињено, али уместо да осмисле нови концепт контроле оптужбе, законописци су извршили само ревизију, не баш успешну, постојећег мешовитог система контроле оптужбе. Укинули су приговор против оптужнице, а у свему осталом преузели су решења из, до сада важећег, процесног Законика, као да није измењена природа претходног и главног поступка, ни концепција саме контроле оптужбе. Из таквог приступа извиру и основни недостаци нове регулативе, који нови кривични поступак чине некохерентним.

Није уопште предвиђена форма поступка контроле оптужбе, мада се може претпоставити да суд одлучује на седници већа. Пропуштена је прилика да се контрола оптужбе уреди у форми претходног рочишта, на коме би странке контрадикторно расправљале о оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес, што би процесну архитектуру приближило идеји правичног поступка.

Недостају и одредбе о формирању судских списа. Предвиђено је само да јавни тужилац уз оптужницу, доставља своје списе предмета суду, тако да се они камелеонски претварају у судске, као да је истрагу спровео истражни судија. Насупрот таквом уређењу, начело правичног поступка изискује правила о кривичним списима, која би спречила да приликом претходног испитивања оптужбе, судије буду „инфициране” незаконитим доказима и правилима која ће спречити, да резултати истраживања јавног тужиоца добију снагу судских доказа, чиме се осигурава „једнакост оружја” на главном претресу.

103 У чл. 358. ЗКП-а Хрватске, предвиђено је да ће се сматрати, да је оштећени преузео кривично гоњење, ако само он изјави жалбу против одлуке већа, донете у поступку контроле оптужбе, па жалба буде усвојена.

Одлуке у поступку судске контроле оптужбе, у потпуној су дисхармонији са природом и структуром новог кривичног поступка. Одлука о обустави поступка је концепцијски и доктринарно дискутабилна, јер у моменту када се она доноси, судски кривични поступак није још започео, па се не може ни обуставити. Одговарајућа би била одлука суда о одбијању оптужбе. Уместо негативно, судска одлука о потврђивању оптужнице мора бити позитивно дефинисана у закону и заснована на уверењу суда да за то има довољно доказа. На основу расположивог доказног материјала, суд мора да стекне уверење да постоји потребан степен сумње, да се кривична ствар изнесе на главни претрес, а не уверење да нема места доношењу других одлука, па да то буде разлог за потврђивање оптужнице (како из законског текста произлази). Неопходне су и законске одредбе о делимичном потврђивању оптужнице, како би се омогућило раздвајање поступка и рационално изношење кривичне ствари на главни претрес, у случајевима конекситета.

ГЛАВНИ ПРЕТРЕС И ЗКП РС ИЗ 2011. ГОДИНЕ Испуњена очекивања процеса реформе, или не?

1. ЗКП РС из 2011. године као резултат дугогодишњег процеса реформе – Опште напомене

Реформа кривичног процесног законодавства Србије започета је доношењем Законика о кривичном поступку СРЈ из 2001. године,¹⁰⁴ чијим је ступањем на снагу (29. март 2002. године¹⁰⁵) престао да важи Закон о кривичном поступку СФРЈ из 1977. године.¹⁰⁶ Последњи резултат досадашњег, скоро петнаест година дугог процеса реформе је Законик о кривичном поступку из 2011. године.¹⁰⁷ Једна од препознатљивијих особености скоро петнаестогодишњег рада на реформи српског кривичног процесног законодавства, јесу изузетно честе интервенције у законским текстовима који чине кривичнопроцесно законодавство Србије, а пре свега и најчешће, интервенције у ЗКП-у, као основном законском тексту ове гране права. Посматрано са аспекта овог законског текста, интервенције су, у појединим годинама, присутне и по неколико пута годишње¹⁰⁸. Оправданост овако честих интервенција, озбиљно се може ставити под знак питања,¹⁰⁹ а може се узети и као један од важнијих аргумената оправданости става о лутању законодавца у изналажењу решења којима би се реализовали,

104 „Сл. Лист СРЈ”, бр. 70/2001, 68 /2002 и „Сл. гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2007 I 20/2009.

105 С. Бејатовић, Д. Радуловић, *Законик у кривичном поступку* (са објашњењима, упутствима за практичну примену и регистром појмова), Култура, Београд, 2002. год. стр. 364.

106 „Сл. лист СФРЈ”, бр. 4/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90 и „Сл. лист СРЈ”, бр. 27/92 и 24/94.

107 „Сл. гласник РС”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

108 С. Бејатовић, *Споразуми јавног тужиоца и окривљеног и нови ЗКП РС*, Ревиија за криминологију и кривично право, 2012, бр. 1-2, стр. 69.

109 Види: Збор. „Законодавни поступак и казнено законодавство”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009.

сасвим оправдани циљеви реформе.¹¹⁰ Ово тим пре, што кривичнопроцесно законодавство по својој природи припада поприлично конзервативним гранама права. Ако се овоме дода и чињеница доношења законских текстова који су престајали да важе и пре почетка примене, онда изнесена констатација још више добија на актуелности. Најбољи пример негативности једне овакве праксе је Законик о кривичном поступку Републике Србије из 2006. године, који је престао да важи и пре почетка његове целовите примене.¹¹¹

Када је реч о циљевима реформе као целине, међу њима посебан значај има онај који се тиче стварања нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, с тим да то не буде науштрб националног законодавства и релевантних међународних аката, о загарантованим слободама и правима човека и грађанина уопште, односно стварања нормативне и не само нормативне, основе за обезбеђење суђења у разумном року. Полазећи од овако постављених циљева, већ Законик о кривичном поступку из 2001. године, уводи немали број изузетно значајних новина којима се ствара нормативна основа за ефикаснији кривични поступак и усаглашава кривичнопроцесно законодавство Србије са решењима и тенденцијама савремене кривичноправне науке.¹¹² У првом реду то су: ширење могућности примене начела опортунитета кривичног гоњења и на пунолетне учиниоце кривичних дела, и то на два начина: а) могућношћу одлагања кривичног гоњења и б) могућношћу одбацивања кривичне пријаве у случају стварног кајања); увођење могућности изрицања кривичних санкција без главног претреса, такође на два начина: а) у поступку за кажњавање пре главног претреса и б) у поступку за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије; ширење функционалне надлежности судије појединца; ширење могућности вођења скраћеног кривичног поступка и за кривична дела, за која је предвиђена казна затвора до три године; ограничавање укупног трајања притвора; одређивање рока за вештачење и прописивање последица пропуштања одређеног рока; одређивање процесног тренутка, до којег се лице које ужива право имунитета може позвати на имунитет; ограничење броја бранилаца једног окривљеног лица; установа кривичног гоњења по предлогу оштећеног лица; нове мере према субјектима који својим понашањем онемогућавају, или отежавају одржавање главног претреса; одређивање рока за повраћај привремено одузетих предмета и сл.¹¹³

110 М. Шкулић, *Нови законик о кривичном поступку – Очекивања од примене*, Збор. "Нова решења у казном законодавству Србије и њихова практична примена", Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр. 33-68.

111 Види: М. Грубач, *Критика „Новог“ Законика о кривичном поступку*, Ревизија за криминологију и кривично право, 2006, бр. 2, стр. 7; Ђ. Лазин, *Заштита људских слобода и права према новом Законик о кривичном поступку*, Зборник „Примена Новог Законика о кривичном поступку“, Удружење за кривично право Србије, Београд, 2007, стр. 31; Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 2/2006, (у целисти посвећен овој проблематици).

112 Г. Илић, *Кривично процесно законодавство Србије и стандарди Европске уније (Степен усаглашености, начин, путеви и разлози неопходности потпуног усаглашавања)*, Збор. „Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011, стр. 14-23.

113 Види: С. Бејатовић, *Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка*, Основне карактеристике и предлога новог југословенског кривичног законодавства, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000, стр. 145-155.

Тренд нових решења у кривичном процесном законодавству Србије, започет доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. године, у циљу стварања нормативне основе за ефикаснији кривични поступак, а тиме и обезбеђења суђења у разумном року, настављен је његовим изменама и допунама из маја 2004. године,¹¹⁴ односно изменама и допунама из августа 2009. године, које доносе најзначајније новине, управо по питању стварања нормативне основе за још ефикасније деловање кривичног правосуђа и то преваходно путем озакоњења споразума о признању кривице, као једне од доминантних форми поједностављеног поступања у кривичним стварима.¹¹⁵ Међутим, и поред свих ових новина које карактеришу кривичнопроцесно законодавство Србије, од започињања његове реформе 2001. године и свим каснијим изменама и допунама ЗКП-а из 2001. године, ту се није стало. Напротив. Започет је рад на изради новог ЗКП-а. Рад на том законском пројекту је окончан усвајањем новог ЗКП-а 2011. године. Међутим, ни ту није крај. Пре почетка његове целовите примене, (1. октобар 2013. године) Законик је четири пута мењан, а у међувремену је, крајем 2012. године, израђен и Нацрт његових изузетно обимних измена и допуна, од којих се такође одустало.¹¹⁶ С обзиром на све ово, треба још једном истаћи да све ово говори, не само о „лутању” законодавца у изналагању решења која би била у функцији прокламованих циљева реформе, већ и о одсуству јасне политике законодавца у раду на тако дуготрајном процесу реформе српског кривичног процесног законодавства, што само по себи и те како утиче на ефикасност борбе против криминалитета, схваћене у њеном квалитативном и квантитативном значењу, односно на обезбеђење суђења у разумном року, као кључном циљу реформе.¹¹⁷

Као што је то већ констатовано, ЗКП РС из 2011. године, донео је низ новина, не само у односу на претходни (ЗКП из 2001. године, са изменама и допунама), већ и у односу на традиционално присутна решења у кривичном процесном законодавству Србије, утемељена ЗКП-ом из 1976. Године.¹¹⁸ Међу решењима које је донео процес реформе, посебно се истиче оно које се тиче начела суђења у разумном року. Једно од изричито предвиђених начела, које је сасвим оправдано, донео процес реформе, тачније речено нови Законик,¹¹⁹ је и начело суђења у разумном року. Његова суштина се огледа у обавези су-

114 Ђ. Лазин, *Судска истрага – Дилеме и проблеми*, Збор. „Ново кривично законодавство – Дилеме и проблеми у теорији и пракси”, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2006, стр. 350.

115 С. Бејатовић, *Измене и допуне ЗКП-а и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Ревизија за криминологију и кривично право, 2009, бр. 2, стр. 21-40.

116 С. Бејатовић, *Непосредно оптужење као инструмент државне реакције на криминалитет*, Зборник: „Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2014, стр. 253-269.

117 В. Ђурђић, *Основна начела кривичног процесног права и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Збор. „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013, стр. 62-63.

118 М. Шкулић, *Нови Законик о кривичном поступку – Очекивања од примене*, Збор. „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр. 33-68.

119 С. Бејатовић, *Нови Законик о кривичном поступку Републике Србије и адекватност државне реакције на криминалитет*, Збор. „Тешки облици криминалитета и државна реакција”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013, стр. 47.

да, да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка, а случају кривичног поступка против окривљеног који је у притвору, поступак је хитан (чл. 14. ст. 1. и 2.).¹²⁰ У циљу што потпуније практичне реализације овог начела, Законик¹²¹ је предвидео и мере за спречавање одуговлачења поступка, односно, мере за спречавање злоупотребе права од стране субјеката кривичног поступка.¹²² У складу са овим, браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу, или приватном тужиоцу који предузима радње, очигледно усмерене на одуговлачење поступка, веће ће изрећи опомену. О изреченој мери опомене адвокату, председник већа обавестиће надлежну адвокатску комору, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама (чл. 374. ст. 1. и 3.). У случају неблаговременог или неодговарајућег поступања јавног тужиоца, или лица које га замењује, а којим се проузрокује одуговлачење поступка, председник већа ће известити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама (чл. 374. ст. 2.).¹²³

Кључна премиса од које се пошло приликом установљења права на суђење у разумном року, је идеја према којој спора правда представља изигравање правде и самог права на правично суђење (*justice delayed is justice denied-justice rétive, justice fautive*). Због тога право на суђење у разумном року постоји, како у интересу лица о чијим се правима и обавезама одлучује, или против кога се води одређени поступак (*субјективна компонента*), тако и у интересу правне сигурности и владавине права уопште (*објективна компонента*). Као такво, право на суђење у разумном року је, на известан начин, више објективизовано и његов смисао је да заштити конкретног појединца од стреса који трпи, због своје несигурне правне ситуације, али и генерално, да обезбеди спровођење правде без одуговлачења које би угрозило њену делотворност и кредибилитет.¹²⁴

120 Кривични предмети генерално захтевају већи степен хитности од грађанских и тај стандард је строжи када се окривљени налази у притвору. (*Abdoella v. the Netherlands*, no. 12728/87, пресуда од 25. новембра 1992. године, ст. 24).

121 Под појмом „Законик“ подразумева се ЗКП РС из 2011. године.

122 О појму злоупотребе права од стране субјеката поступка види: В. Ђурђић, *Кривично процесно законодавство као нормативна претпоставка ефикасности поступања у кривичним стварима*, Зборник „Кривично законодавство, организација правосуђа и ефикасност поступка у кривичним стварима“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2009, стр. 9-39.

123 Поред ЗКП-а, Законом о изменама и допунама Закона о уређењу судова, из новембра 2013. године, предвиђени су додатни инструменти практичне реализације заштите права на суђење у разумном року. Према истом, странка у судском поступку, која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, може непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року и истим тражити и накнаду за повреду права на суђење у разумном року. Захтев се подноси непосредно вишем суду и поступак одлучивања по истом је хитан. Ако непосредно виши суд утврди да је захтев подносиоца основан, може одредити примерену накнаду за повреду права на суђење у разумном року и одредити рок у коме ће нижи суд окончати поступак, у којем је учињена повреда права на суђење у разумном року. Досуђена накнада исплаћује се из буџетских средстава Републике Србије, одређених за рад судова, у року од три месеца, од дана подношења захтева странке за исплату (чл. 8а – 8в. ЗУС-а).

124 Европски суд за људска права је заузео овакав став у пресуди од 28. јула 1999. године, у случају *Bottazzi v. Italy*, (no. 34884/97); Видети такође и *Jacobs&White, Ibid*

У вези са изнетим решењем по питању начела суђења у разумном року, које је за похвалу и које треба да допринесе његовој практичној реализацији, поставља се немали број питања. Међу њима су кључна два. *Прво*, када је повређено право суђења у разумном року? Одговор на ово питање Законик, сасвим оправдано, не даје и не може да га да. Реч је о фактичком питању које се решава у сваком конкретном случају, зависно од тежине кривичног дела и других обележја конкретног кривичног случаја и узимањем у обзир ставова Европског суда за људска права по овом питању.¹²⁵ *Друго*, како помирити ово начело са настојањем одбране да у одређеном броју случајева кривични поступак траје што дуже. Одговор на ово питање је у спречавању злоупотребе права ових субјеката, али не негацијом датих им права, већ спречавањем могућности њихове злоупотребе, путем законом предвиђених инструмената.¹²⁶

Начело суђења у разумном року је у уској вези са ефикасношћу кривичног поступка, будући да се она састоји из две међусобно тесно повезане и нераздвојне компоненте. То су брзина поступања и законито решење кривичне ствари.¹²⁷ Сходно овоме, ефикасност кривичног поступка не сме се свести само на његово временско трајање. Напротив, разлози криминалне политике оправдавају брзину поступања само до оне мере, док то не утиче на законитост вођења кривичног поступка и на доношење правилне и законите судске одлуке.¹²⁸ Постоје две групе фактора од којих зависи практична реализација начела суђења у разумном року, а тиме и ефикасност кривичног поступка као целине. *Прво*, то су нормативни фактори са држани у квалитету законске норме, где посебну улогу играју управо оне које се тичу главног претреса. *Друго* су субјективни фактори и односе се на процесне субјекте, који треба да реализују те законске норме. Посматрано са аспекта нормативне групе фактора треба истаћи да је ЗКП посветио посебну пажњу овим факторима, а све у настојању да се створи што боља нормативна основа за повећање ефикасности кривичног поступка уопште, а тиме и за повећање његове брзине, односно, за обезбеђење суђења у разумном року. Са овим циљем процес реформе српског кривичног процесног законодавства донео је низ новина и код главног претреса.¹²⁹ Поједина од њих су, чини се не без разлога, предмет немале критике наше стручне јавности.¹³⁰ Циљ

-
- 125 Види: М. Симовић, *Улога суда у утврђивању чињеница на главном претресу – Регионална компаративна анализа*, Збор. „Савремене тенденције кривичног процесног законодавства у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (Нормативни и практични аспекти)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012, стр. 37-68.
- 126 С. Бејатовић, и др. *Приручник за примену ЗКП-а*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2013, стр. 7.
- 127 С. Бејатовић, *Мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка*, Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд, 2000, стр. 149.
- 128 Ђ. Лазин, *Ефикасност кривичног поступка и заштита слобода и права грађана гарантованих Међународним пактом о грађанским и политичким правима*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр. 4/85.
- 129 Г. Илић, *Кривично процесно законодавство Србије и стандарди Европске уније (Степен усаглашености, начин, путеви и разлози неопходности потпуног усаглашавања)*, Зборник „Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011, стр. 14-23.
- 130 С. Бејатовић, *Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона*, Зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2013, стр. 228-246.

писања је давање одговора на питање да ли су исправни овакви ставови немалог дела наше стручне јавности, када је реч о конкретној разради појединих решења везаних за главни претрес у новом Законику¹³¹ и његовом доприносу обезбеђења суђења у разумном року – ефикасности кривичног поступка, као једном од кључних циљева процеса реформе у целини.

Уз све већ речено, треба имати у виду и то да колико год ефикасност кривичног поступка зависи од законодавца, она ништа мање не зависи од суда и других субјеката (пре свега јавног тужиоца, окривљеног и браниоца), који учествују у кривичном поступку. Бројни су субјективни фактори од којих зависи ефикасност, како главног претреса тако и кривичног поступка уопште, а тиме и степен реализације начела суђења у разумном року (нпр. међусобни односи и сарадња кривичнопроцесних субјеката, стручност и ангажованост појединих процесних субјеката и њихова мотивисаност и сл.) и њима се мора посветити посебна пажња.¹³² На крају треба истаћи и то да брзина, односно ефикасност кривичног поступка уопште, не сме да иде науштрб заштите слобода и права учесника поступка, а свакако ни науштрб утврђивања истине, која би морала да буде основни циљ вођења кривичног поступка.

2. Главни претрес – Архитектоника и основне особености

ЗКП РС из 2011. године, доноси изузетно значајне новине и код уређења главног претреса. Новине су такве да се слободно може констатовати да представљају радикалан заокрет, не само у односу на досадашња решења, већ радикалан заокрет и у односу на решења законодавства континенталног правног система. Међу бројним новинама три су репрезентативне и као такве представљају основ овакве једне констатације. То су: као *прво*, организација главног претреса на искључиво адверзијалним основама, тако да основне доказне активности имају странке, а доказна улога суда је сведена на минимум, као *друго*, увођење припремног рочишта у фази припремања главног претреса и давање истом великог значаја, уз прописивање његове обавезности, односно факултативности према критеријуму тежине кривичног дела, с обзиром на запрећену казну и као *треће*, девалвација начела истине и свођење доказне улоге суда на минимум.

Појединачно посматрано, особености ових нових решења, по питању главног претреса су следеће:

131 Види: Зборник „Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, Зборник „Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2013. година

132 Види: С. Бејатовић, *Трајање кривичног поступка и његов утицај на превенцију криминалитета*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2002, стр. 136.

2.1. Адверзијална конструкција главног претреса

Једна од значајнијих особености новог ЗКП-а Србије, када је реч, не само о главном претресу, већ и његовој целини, је адверзијална конструкција главног претреса. Оваквим решењем, односно овим законским текстом се напушта, не само досадашњи модел његовог уређења, већ и модел који је скоро правило законодавстава континенталне Европе¹³³ и прелази се на модел својствен англосаксонском систему (пре свега САД, Енглеске и Велса). Илустрације ради, у контексту овакве једне констатације треба истаћи да је у континенталном правном систему суд доказно изузетно активан. Он, по правилу сам изводи доказе током суђења, истина, уз давање мање или веће доказне улоге странкама, с тим да сам, ни у ком случају није ограничен њиховим доказним предлозима. Овде суд има, не само право, већ и дужност сопствене доказне иницијативе. Насупрот овом, у англосаксонском правном систему, суд је у доказном погледу изразито пасиван. Овде је извођење доказа, по правилу, препуштено странкама, док се суд углавном концентрише на процену успешности странака у њиховим „доказним надметањима”. Овде суђење почиње представљањем доказа оптужбе, на које одбрана у одређеној процесној форми одговара, а потом се изводе докази одбране, такође уз право тужиоца да на њих одговори, док суд има више него ограничене могућности у доказном поступку. Саслушање је страначког карактера. Сведока саслушава странка која га је позвала, а затим противна странка, а потом следи поновно саслушање сведока од стране која га је позвала. Сходно овоме, потпуно или доминантно, адверзијална конструкција нашег главног претреса своју најупадљивију реализацију доживљава у начину нормирања доказног поступка на главном претресу, као централној фази кривичног поступка, фази која представља суђење у ужем смислу значења. У овом случају, као што је то детаљније обрађено у другим одговарајућим деловима рада, доказе изводе странке, по законом предвиђеном редоследу, који је, узгред речено, веома сличан начину и редоследу извођења доказа у англосаксонском правном систему. Ако се овоме дода и одредба чл. 15. ст. 1. и 2. која прописује да „суд изводи доказе на предлог странака”, односно, да „суд може дати налог странци, да предложи допунске доказе, или изузетно сам одредити да се такви докази изведу...”, којом се минимизира улога суда у доказном поступку, онда оваква једна констатација добија још више на значају и убедљивости. Зато, уместо навођења других аргумената који потврђују једну овакву тезу,¹³⁴ навешћемо само став аутора (и не само аутора) да је оваква конструкција главног претреса, у многим аспектима нелогична и неправична. Такође, чини се да је она у суштини и неуставна. Наиме, сходно чл. 32. ст. 1. Устава Републике Србије

133 изузетак је Италија

134 Случај нпр. са веома лимитираним начелом истине, са припремним рочиштем, давањем великог значаја страначким споразумима (пре свега, споразуму о признању кривичног дела, који је могућ у односу на било коју врсту кривичног дела, без обзира на његову тежину, при чему је поред признања окривљеног, довољно постојање било којих других доказа, који нису у супротности са признањем), стварањем врло широких могућности за задобијање тзв. кооперативних сведока, започињањем главног претреса, доношењем формалног решења о томе, формалним и обавезним претходним изјашњавањем странака о предмету поступка, непосредно по започињању главног претреса и сл.

(*право на правично суђење*), „свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега”. Сходно овоме, уставно је право грађанина, у овом случају окривљеног, против којег се води кривични поступак, да суд расправи о основаности сумње, односно о оптужби против њега, а не да се о томе пред судом расправља, као што је то у основи решено у новом Законику о кривичном поступку Србије¹³⁵. На основу ове уставне одредбе може се поставити питање уставности и других одредаба Законика, које се тичу адверзијалне конструкције тока кривичног поступка.

На крају, када је реч о овој особености главног претреса, треба истаћи још једну, ништа мање важну чињеницу. То је да адверзијална конструкција главног претреса, не само да није у складу са нашим кривичним поступком, већ она у пракси доводи и до неравноправности странака, у свим оним ситуацијама када окривљени не мора да има браниоца, што је случај са немалим бројем кривичних дела. Како у тим случајевима можемо говорити о једнакости оружја и практичној реализацији формално прокламоване страначке равноправности? Сваки коментар је сувишан. Уместо тога, став аутора је да у наставку рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије, која неминовно мора да уследи, неопходно је другачије уредити главни претрес и том приликом посебну пажњу ваља посветити нормирању питања која се тичу: а) изналагања праве меру између деловања начела истине и правила о терету доказивања; б) обезбеђења доказне активности суда и другачијег начина испитивања све-дока на главном претресу.

2.2. Изједначавање парничног и кривичног поступка као резултат нове архитектонице главног претреса

Једна од важнијих, сасвим оправданих особености законодавстава континенталног правног система је постојање немалог броја значајних разлика између парничног и кривичног поступка. Оне су, пре свега присутне у правилима доказивања и утврђивања чињеничног стања и тичу се превасходно процесних начела – пре свега начела истине и улоге суда у његовој практичној реализацији. По својој садржини, та начела су сасвим оправдано различита у поступцима, чији је предмет грађанска ствар и поступцима, чији је предмет кри-

135 Детаљније о неуставности других појединих одредаба новог Законика о кривичном поступку види: М. Шкулић, Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – један корак напред, два корака назад*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Правни факултет у Београду и Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012.

вична ствар (*causa criminalis*)¹³⁶. Насупрот овом, наш законодавац елиминише дејство начела истине у кривичном поступку, пасивизирајући улогу суда у поступку доказивања и на тај начин, у немалом степену, изједначава парнични и кривични поступак¹³⁷. Најилустративнији пример оправданости овакве констатације је одредба чл. 15. ст. 3. и 4. ЗКП-а РС, према којој „суд изводи доказе на предлог странака”, а „може дати налог странци да предложи допунске доказе, или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио”. Сходно оваквој формулацији, може се поставити питање да ли суд уопште може извести било који доказ, ако то не предложи странка? Односно, могло би се запитати и зашто би странка предлагала да суд изведе неки доказ, уместо да сама то учини? Такође, није јасно, ни да ли је суд у сваком случају обавезан да изведе доказ који предложи странка? Чини се да суд ипак нема такву дужност, будући да није прописана никаква последица за одбијање таквог предлога, нити постоје било какви процесни механизми, којима би се суд „принудио” да поступи у складу са страначком доказном иницијативом. Уосталом, доказни предлог странке може бити и априорно сасвим бесмислен, или чак немогућ, па није логично да се сматра да суд свакако мора извести сваки доказ који је странка предложила¹³⁸. Ово тим пре, што би такво поступање суда било и у супротности са начелом суђења у разумном року. Уз ово, додатни проблем представља и чињеница да доказно лимитирање доказне улоге суда ипак није консеквентно спроведено. Тако, на пример, суд има могућност да активно учествује у испитивању сведока на главном претресу, те својим питањима може да се „умеша”, било у основно, било у унакрсно, или допунско испитивање сведока, без обзира на то што те видове испитивања примарно спроводе странке, односно друга лица која поступају у оквирима страначких функција, као што су бранилац, у оквиру функције одбране, односно пуномоћник оштећеног, као тужиоца или приватног тужиоца. Даље, ту је и одредба која не одговара изнетом улози суда, када је реч о обезбеђењу доказног материјала. То је одредба чл. 437. тач. 3. ЗКП-а, која омогућава подношење жалбе и због погрешно, или непотпуно утврђеног чињеничног стања. У вези са овим мора се поставити и питање како суд „одговара” за своју пресуду, чија чињенична основа, по правилу, није резултат његове дужности? Међутим и поред таквог његовог нормативног положаја, будући да он представља субјект кривичног поступка

136 У складу са овим, нпр. у немачкој кривичнопроцесној теорији је општи став да у парничном, тј. цивилном поступку важи правило диспозиције, чија се суштина огледа у чињеници, да парничне странке носе одговорност за утврђивање чињеничног стања као подлоге судске одлуке. Сходно овоме, суд своју одлуку у овим поступцима, може да заснива само на ономе што су странке доказале, из чега се извлачи закључак да у парничном поступку важи начело формалне истине. Насупрот овоме, у кривичним стварима важи начело материјалне истине, као и начело истраживања од стране суда, тј. његове активне улоге у односу на разјашњење предметне кривичне ствари, из чега даље произлази да „суд овде, по службеној дужности, истражује истину извођењем доказа који су од значаја за његово одлучивање”, Roxin, C. und B. S.C. Hunemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, Verlag „C.H. Beck”, Munchen, 2009, seit. 78.

137 В. Ђурђић, *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редефинисаним начелима кривичног поступка*, Зборник „Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 71-87.

138 М. Шкулић, *Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије*, Зборник „Актуелна питања кривичног законодавства (Нормативни и практични аспекти)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 88-124.

који начелно располаже правом кажњавања (*ius puniendi*), односно кривично санкционисања, он је начелно заинтересован да његова пресуда, односно друга одлука, у оквиру које је утврђивао чињенично стање, „опстане” у евентуалном жалбеном поступку. С обзиром на ово, по логици ствари ће, без обзира што сада више формално нема тако формулисану дужност, ипак тежити да се у кривичном поступку утврди потпуно и тачно чињенично стање, односно да се утврди истина. У складу са тиме, сасвим је исправна пракса наших судова у којој они, ако не формално, онда макар фактички, теже утврђивању истине, у складу са суштином истоименог начела, истина сада, ипак, на битно лимитиран начин, што у пракси, сасвим оправдано доприноси отклањању законског изједначавања парничног и кривичног поступка¹³⁹.

2.3. Девалвација начела истине и доказна пасивност суда на главном претресу

Да би се постигао основни циљ кривичног поступка, који мора да осигура да „нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција, под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка” (чл. 1. ст. 1. Законика), у кривичном поступку се мора утврдити истина о томе да ли је окривљени кривично одговоран за одређено кривично дело, чему, у највећем степену, треба да допринесе главни претрес као централни стадијум кривичног поступка. Друштвени интерес, због кога се иначе и води кривични поступак, захтева да се утврди потпуна и неспорна истина о чињеницама које чине основу кривичне одговорности окривљеног, јер кажњен сме бити само онај окривљени, чија је кривична одговорност потпуно и неспорно утврђена. На овом темељу засновано је и право државе на кажњавање – тзв. *ius puniendi*¹⁴⁰. Своје право на кажњавање држава реализује само у случајевима, када се са сигурношћу утврди одговорност конкретног лица, за извршење кривичног дела које му се ставља на терет. Судска одлука, као крајњи резултат кривичног поступка, мора да почива на истини.¹⁴¹ Истина до које се долази у кривичном поступку треба да представља веран одраз кривичног догађаја у свести судије, преко којег држава оживотворује своје право на кажњавање. Но, истина која се утврђује у кривичном поступку није апсолутна и не искључује могућност супротног. Истина до које се долази у кривичном поступку, иако представља највећи степен извесности, до кога се средствима кривичног поступка може доћи, само је релативна истина, која не искључује могућност доказивања супротног. У кривичном поступку, у извесном броју случајева, долази до каснијег утврђивања истине која је супротна истини утврђеној у претходним

139 М. Дамашка, *Доказно право у казненом поступку*, Правни факултет у Загребу, Загреб, 2001.

140 Х. Сијерчић-Чолић, *Начело материјалне истине у кривичном поступку*, Зборник „Савремене тенденције кривичног процесног законодавства у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (нормативни и практични аспекти)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012, стр. 69-91.

141 Захтев за добијање истине о чињеницама у кривичном поступку, у најпотпунијој могућој мери, назива се начелом утврђивања истине (*материјалне, реалне, стварне*).

стадијумима кривичног поступка. Уз све то, ова истина је у извесном смислу, истовремено и субјективна, јер исти материјал може да остави различите утиске на оне који га цене и доведе до различитих оцена разних судова¹⁴². У којој мери ће одраз кривичног догађаја у свести суда бити веран кривичном догађају који се десио, зависи од квалитета и квантитета доказа, изведених, пре свега на главном претресу. Формирање одраза кривичног догађаја у свести судије врши се у кривичном поступку постепено и зависно од прикупљених и изведених доказа, путем којих субјективна истина треба, што је могуће више да се приближи објективној. Тек таква истина је материјална, реална, стварна истина, будући да под њом подразумевамо највећи степен извесности, до које судија може доћи у кривичном поступку. Уз ово, неопходност утврђивања потпуније истине у кривичном поступку, више него у било ком другом, јавља се из више разлога. Прво, у кривичном поступку се одлучује о примени кривичних санкција које претпостављају извршење кривичног дела и постојање кривице. Посматрано са аспекта друштвеног интереса, изрицање кривичних санкција без сигурног утврђивања извршења кривичног дела и кривице, било би бесмислено, а посматрано са аспекта окривљеног, неоправдано и представљало би насиље. Други разлог лежи у карактеру последица кривичне пресуде. Наиме, казна је најтежа форма правних санкција, а уз то и санкција која се у неким случајевима не може поправити. Осим тога, чињеница проглашења једног лица кривично одговорним, повлачи најтежи суд моралног неодобравања, умањује социјалну вредност осуђеног и изазива тешке последице, које га прате и после издржане казне. С обзиром на све ово, утврђивање истине у кривичном поступку мора да буде приоритетан задатак органа поступка – пре свега суда. Међутим и поред неопходности утврђивања истине у кривичном поступку и поред тога што начело утврђивања истине у кривичном поступку представља једно од кључних – основних начела кривичног поступка европског континенталног правног система, којем по свим објективним критеријумима треба да припада и наш кривичноправни систем, оно је на жалост, најблаже речено, девалвирано, ако не и протерано из кривичног поступка Закоником из 2011. године. Девалвација, или протеривање начела истине из кривичног поступка, на жалост, представља једно од кључних обележја новог Законика¹⁴³. Начело истине се сматра традиционалним кривичнопроцесним начелом, које се често, помало рутински, означава и као врхунско начело кривичног поступка. Међутим, није спорно да истина, ма колико у кривичном поступку била важна, не може и не сме бити таква вредност, која се мора достигати по сваку цену, што значи да је истина свакако циљ кривичног поступка, али циљ до кога се може доћи само применом правних и процесних средстава, која су актерима поступка на располагању, те уз поштовање свих гарантованих права субјеката поступка, а пре свега права на одбрану лица против кога се поступак води. Обрнуто, када би истина била таква неприкосновена и апсолутна вредност, до које би се по сва-

142 Т. Васиљевић, М. Грубач, *Коментар Закона о кривичном поступку*, Београд, 1990, стр. 19.

143 В. Ђурђић, *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на реформисаним начелима кривичног поступка*, Зборник „Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 74-78.

ку цену морало доћи у кривичном поступку, онда се њено достизање не би ничим ограничавало, односно, било би могуће коришћење било којих сврсисходних средстава, што би онда отворило пут тортури, нарко-анализи и другим средствима, која, не само да утичу на вољу одређеног лица, пре свега окривљеног, већ су и дубоко нехумана, те се њихова примена своди на деградацију човека. До истине је дакле, потребно и корисно доћи, али не по сваку цену, већ само уз поштовање, како доказних правила, тако и доказних забрана. Из ових разлога у савременим кривичним процедурама истина је важан циљ поступка, али се његово остварење може постићи само и искључиво у нормативним оквирима, који се у националним кривичним поступцима утврђују законом, при чему се и уставноправним нормама штите најважнија права и слободе у кривичном поступку.

Ослобађањем обавезе суда да прикупља и изводи доказе, његовим ослобађањем од одговорности за извођење доказа и утврђивање истине – потпуног и истинитог чињеничног стања, независно од активности странака, као традиционалног евроконтиненталног типа кривичног поступка, у кривични поступак Србије уводи се англосаксонски – адверзијални страначки поступак, а тиме напушта и начело истине, као његово досадашње кључно обележје¹⁴⁴. Терет пружања доказа је сада на тужиоцу. На странкама је одговорност за прибављање и извођење доказа, а суд је лишен обавезе да истражује истину о кривичној ствари и стављен је у положај да се само стара о законитости и континуитету главног претреса, па и читавог главног стадијума, уз предвиђање немалог броја установа које треба да обезбеде брзо и ефикасно пресуђење кривичне ствари, схваћено у квантитативном смислу, што за свој резултат има укидање начела истине¹⁴⁵. Уместо раније предвиђених инструмената утврђивања истине (нпр. предвиђањем обавезе суда да истинито и потпуно утврди чињенице које су од важности за доношење законите одлуке, или утврђивања судске истине на основу слободног судијског уверења и сл.) прописано је да одлуку којом пресуђује кривичну ствар, „суд може заснивати само на чињеницама у чију је извесност уверен“ (чл. 16. ст. 4.), пошто претходно „непристрасно оцени изведене доказе“ (чл. 16. ст. 2.). Овакав приступ обавезе суда на утврђивање чињеница са степеном извесности, не може се и не сме поистовећивати са утврђивањем истине. Своје уверење о извесности постојања неке чињенице, суд заснива само на доказима које на главном претресу изводе једино странке (пошто их претходно предложе, по правилу, на припремном рочишту), из чега даље произлази да суд може стећи уверење захтеваног степена извесности, само ако странке изведу све потребне доказе. У противном – у случају да странке изведу недовољно доказа, суд није овлашћен да потребне доказе изведе по службеној дужности, а резултат тога је нужност примене правила *in dubio pro reo*. Управо због тога што степен уверења судије зависи искључиво од страначких доказа, наметање суду оба-

144 С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, Сл. гласник, Београд, 2010, стр. 107-111.

145 В. Ђурђић, *Изградња новог модела кривичног поступка Србије на редефинисаним начелима кривичног поступка*, стр. 71-87 Зборник „Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)“, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 74-78.

везе да постојање сваке чињенице утврђује са степеном извесности, не значи истовремено и обавезу суда да потпуно и истинито утврђује чињенично стање. Ограничено страначким доказима, судијско уверење дели судбину на мере странака и њихове способности да докажу истину. Ако се овоме дода и чињеница да је извођење доказа *pro et contra* омеђено доказним предлозима и активношћу странака, а да суд само изузетно, по службеној дужности, може наредити извођење појединих доказа, али ни тада у циљу утврђивања истине, већ само ради отклањања противречности, или нејасноћа у већ изведеним доказима, проблем са истином постаје још деликатнији, односно њено искључење још извесније.

Не упуштајући се у даљу анализу одредаба које потврђују изнети став о протеривању истине из кривичног поступка Србије,¹⁴⁶ истичемо само још две ствари: *прво*, протеривањем начела истине из кривичног поступка и ослобађањем суда од одговорности за прикупљање и извођење доказа, кривични поступак, као што је то већ констатовано, изједначава се са парничним, што нема оправдања и што је у потпуној противречности са доминирајућим схватањем континенталноправне доктрине о природи и циљу кривичног поступка. Према истој, због јавноправног карактера кривичног поступка и јавног интереса да се гони учинилац кривичног дела, у кривичном поступку мора да важи начело судског истраживања истине и сходно томе, у односу на разјашњење предмета поступка, суд не може да буде везан активношћу странака, већ он „истражује истину” извођењем доказа, који су од важности за судско одлучивање по службеној дужности.¹⁴⁷ *Друго*, изbacивање одговорности суда за прикупљање и извођење доказа, па тиме и за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, довело је и до немалог броја нелогичности других законских решења. Како, на пример, објаснити да у ситуацији када суд нема одговорност за извођење и прибављање доказа, а тиме ни обавезу да утврђује истину у кривичном поступку, постоји могућност побијања његове пресуде жалбом, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, тј. због недостатака насталих преваходно радњама кривичнопроцесних странака (чл. 437. тач. 3.). Другим речима, како повезати право странака на побијање судске одлуке због недостатака, за које су једино оне одговорне? С обзиром на све ово, у предстојећим законодавним интервенцијама, које, према ставу аутора, морају да уследе, неопходно је учинити суд доказно активнијим, али тако да то буде у складу са основним елементима начела правичног вођења кривичног поступка. Став је аутора и не само аутора, да чини се, добар узор за решење овог питања може да представља немачки StPO, којим је изричито прописано да је у циљу утврђивања истине, суд обавезан да (по службеној дужности) изводи доказе у погледу свих чињеница које су битне за доношење одлуке.¹⁴⁸

146 Види: М. Шкулић, *Главни претрес у новом Законнику о кривичном поступку Србије*, Зборник „Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2012, стр. 88-124.

147 Claus Roxin und B. S.C. Hunemann, *Strafverfahrensrecht*, 16. Auflage, Verlag „C.H. Beck”, Munchen, 2009, seit. 78.

148 Par. 244. StPO

2.4. Припремно рочиште

Увођење припремног рочишта је једна од новина уређења главног претреса. Његов *ratio legis* је заснован на адверзијалној конструкцији главног претреса. Циљ му је да се странке што је могуће раније, у процесно-стадијумском смислу изјасне, у погледу својих „доказних интенција”, у односу на будући главни претрес и да се на тај начин омогући суду, пред којим ће се главни претрес одвијати, да на одговарајући начин планира време одржавања, трајање и ток главног претреса, што би све требало да буде у функцији његове ефикасности.¹⁴⁹ Уз то, на овај начин се омогућава и обострано „отварање карата” странака, у погледу њихове будуће планиране доказне активности на главном претресу. Као такво, оно представља стадијум кривичног поступка, који је према законској систематици сврстан међу елементе припремања за одржавање главног претреса. По својој садржини се своди на одговарајуће изјашњавање странака о предмету оптужбе, давање одређених доказних образложења, испољавања релевантне доказне иницијативе и уопште, представља својеврсно, прелиминарно „сучавање” странака пред судом, применом начела контрадикторности. Уз то, постоји и могућност суда да већ у тој припремној фази, пре одржавања главног претреса, донесе низ важних одлука, међу које спада и решење о обустави кривичног поступка, као виду његовог окончања.¹⁵⁰

Обавезност одржавања припремног рочишта зависна је од природе кривичног дела, посматраног са аспекта критеријума врсте и износа прописане кривичне санкције. Сходно овом критеријуму, одржавање припремног рочишта је обавезно код кривичних дела са прописаном казном затвора од дванаест година и више, а код блажих кривичних дела (кривична дела за које је прописана казна затвора до дванаест година), до његовог изостанка долази у случају да председник већа сматра да с обзиром на прикупљене доказе, спорна чињенична и правна питања, или сложеност предмета, одржавање припремног рочишта није потребно (*факултативност одржавања*). Иначе, у циљу ефикасности главног претреса као целине, одређено је и време за одређивање рочишта. Сходно чл. 346. ЗКП-а, председник већа је у обавези да одреди припремно рочиште, најкасније у року од 30 дана, ако је оптужени у притвору, односно у року од 60 дана, ако је оптужени на слободи, рачунајући од дана пријема потврђене оптужнице у суду. У случају да не поступи на овакав начин, обавезан је да обавести о томе председника суда, који ће предузети мере да се припремно рочиште одмах одреди. У случају да су јавни тужилац, оптужени и његов бранилац постигли споразум о признању кривичног дела у односу на одређене тачке оптужнице, председник већа ће одредити припремно рочиште за део оптужнице који није обухваћен споразумом. Иначе, четири су основна правила његовог одржавања. *Прво*, на припремном рочишту се

149 Т. Бубаловић, „Једнакост оружја” и његова афирмација у оквиру права на одбрану (Регионални компаративни осврт), Зборник „Савремене тенденције кривичног процесног законодавства у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (нормативни и практични аспекти)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012, стр. 204-214.

150 М. Шкулић, *Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку*, Правни живот, бр. 9, том I, Београд, 2010, стр. 587-611.

странке изјашњавају о предмету оптужбе, образлажу се докази који ће бити изведени на главном претресу и предлажу нови докази, утврђују се чињенична и правна питања која ће бити предмет расправљања на главном претресу, одлучује се о споразуму за признање кривичног дела, о притвору и о обустави кривичног поступка, као и о другим питањима, за која суд оцени да су од значаја за одржавање главног претреса. Друго, припремно рочиште се одржава пред председником већа, без присуства јавности. Треће, у позиву за припремно рочиште председник већа ће упозорити странке и оштећеног да се на припремном рочишту може одржати главни претрес.¹⁵¹ Четврто, на припремно рочиште сходно се примењују одредбе о главном претресу, осим ако Закоником није другачије одређено (чл. 345. ст. 1-4.).

С обзиром на претходно речено, као и друге особености припремног рочишта, у стручној јавности Србије је, чини се, сасвим оправдано присутно схватање, да је оно као такво, због своје изузетне компликованости некорисно и да, не само да није у функцији ефикасности главног претреса, већ и да непотребно одуговлачи поступак. С обзиром на ово, чини се оправданим залагање за укидање одржавања припремног рочишта и изналагање бољег и ефикаснијег система судске контроле оптужнице, који би био у складу са промењеним концептом истраге.¹⁵²

2.5. Јавност главног претреса као правило

Једно од начела везаних за уређење главног претреса је начело његове јавности. Главни претрес је јаван. Могућност присуства главном претресу (као публика), имају лица старија од 16 година, што је промена у односу на раније правило, по којем је начело јавности подразумевало право сваког пунолетног грађанина, који при себи нема оружје или опасно оруђе и који није процесно заинтересован, односно нема никакву процесну функцију, да присуствује главном претресу и прати његов ток. У вези са овим, није јасан *ratio legis* омогућавања да и лица која нису пунолетна буду схваћена као део опште јавности, те да могу присуствовати главном претресу. Уз то, једна оваква одредба може да изазове и одређене проблеме у пракси, везане за начин утврђивања старости „публике“, с обзиром да лица која немају навршених 18 година живота, немају дужност поседовања личне карте, као основног формалног идентификационог документа. Овде се оправдано мора поставити питање, како и на који начин се то може утврдити, а да то не утиче на ефикасност рада главног претреса и да се не ускрати право оним лицима, која имају право да присуствују главном претресу, да то и остваре?

151 У случају оваквог одржавања главног претреса поставља се питање односа чл. 345. ст. 3. према којем се припремно рочиште одржава без присуства јавности и одредбе чл. 362. ст. 1. према којој је јавност главног претреса правило (главни претрес је јаван).

152 С. Бејатовић, *Тужилачка истрага као обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона (Криминално-политички разлози озаконења, стање и перспективе)*, Зборник „Тужилачка истрага, Регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014, стр. 11-32.

Начело јавности подразумева и постојање могућег изузетка, у виду постојања разлога из којих се јавност, у потпуности или делимично, може искључити са главног претреса. Од отварања заседања, па до завршетка главног претреса, веће може, по службеној дужности, или на предлог странке или браниоца, али увек након њиховог изјашњења, искључити јавност за цео главни претрес, или за један његов део, ако је то потребно ради заштите следећих, алтернативно прописаних вредности: интереса националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника, приватности учесника у поступку и других оправданих интереса у демократском друштву.

Наведени разлози за искључење јавности са главног претреса, који се алтернативно прописују, у одређеним терминолошким варијантама, суштински су постојали и раније, осим последњег разлога, који се због своје изразите *ширине*, па и поприличне нејасноће и непрецизности, донекле своди на својеврсту „каучук” норму. Овакво решење је, сасвим оправдано, предмет критике, јер је јавност главног претреса начело које је установљено, не само Закоником о кривичном поступку, већ и Уставом Србије. Сасвим оправдано се може поставити питање да ли је разлог за искључење јавности због потребе заштите „других оправданих интереса у демократском друштву”, у складу са Уставом Србије, будући да он не познаје такав разлог као *посебан основ* за искључење јавности, већ ту формулацију стриктно повезује са *јавним редом и моралом*, док се у ЗКП-у „јавни ред и морал”, те „други оправдани интереси у демократском друштву”, дефинишу као *два самостална и одвојена, односно, један од другог независна разлога*, за искључење јавности на главном претресу.¹⁵³

Већ реченом додајмо и то да законодавац предвиђа и посебан случај искључења јавности. Према истом, јавни тужилац може предложити суду да се јавност искључи са главног претреса приликом испитивања окривљеног или осуђеног сарадника. Пре доношења одлуке о предлогу јавног тужиоца, председник већа ће затражити од оптуженог и његовог браниоца да се изјасне о предлогу за искључење јавности (чл. 366. ст. 1 и 2.) .

2.6. Прекид и одлагање главног претреса

Главни претрес се, по правилу, одржава непрекидно током радног времена једног, или више узастопних радних дана. Изузетак су његов прекид и одлагање. Сходно овом, поред посебно предвиђених случајева, председник већа може прекинути главни претрес због одмора, истека радног времена, прибављања одређених доказа у кратком року, припремања оптужбе или одбране, те других оправданих разлога. Уз ово, прописано је и максимално трајање прекида главног претреса, што зависи од разлога прекида (чл. 386. ЗКП-а).

¹⁵³ Према чл. 32. ст. 3. Устава Србије, јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом, или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника, или приватности учесника у поступку, у складу са законом.

Други могући начин у застоју тока главног претреса је његово одлагање. Осим у случајевима посебно предвиђеним у Законнику, веће ће решењем одложити главни претрес уколико треба извести нове доказе, који се не могу прибавити у кратком року, ако се у току главног претреса утврди да је код оптуженог после учињеног кривичног дела наступило душевно обољење, душевна поремећеност или друга тешка болест, због које не може учествовати у поступку, или постоје друге сметње да се главни претрес успешно спроведе.

Када је реч о почетку и настављању одложеног главног претреса, законодавац је прописао да главни претрес који је одложен, мора почети изнова, ако се изменио састав већа, с тим да веће може, након изјашњења странака, решењем одлучити да се сведоци и вештаци не испитују поново, него да се изврши увид у записнике о њиховим исказима, датим на ранијем главном претресу, или да, ако је то потребно, председник већа укратко изнесе садржину тих изјава или их прочита. Против таквог решења жалба није дозвољена. Главни претрес који је одложен, а одржава се пред истим већем, наставиће се кратким извештајем председника већа о току ранијег главног претреса. У случају да се главни претрес држи пред другим председником већа, он мора почети изнова и сви докази морају бити поново изведени. Изузетно од овог, због протока времена, заштите сведока или других важних разлога, веће може, након изјашњења странака, решењем одлучити да се сведоци и вештаци не испитују поново, него да се укратко изнесе садржина њихових изјава или да се прочита. У циљу ефикасности тока главног претреса, а тиме и обезбеђења суђења у разумном року, о сваком одлагању које траје дуже од 60 дана, председник већа је дужан да обавести председника суда (чл. 387. и 388.).

2.7. Доказни поступак на главном претресу

Садржински посматрано, доказни поступак је најзначајнији део главног претреса, будући да се у истом изводе докази који служе за утврђивање чињеничног стања, на којем се заснива судска одлука, којом се решава предмет кривичног поступка. Докази се на главном претресу, по правилу изводе на *контрадикторан начин*, тј. тако да једна странка има могућност процесног опонирања доказима друге странке. Иначе, посматрано са аспекта своје архитектонике, доказни поступак карактеришу следеће особености:

2.7.1. Почетак доказног поступка

Почетак доказног поступка се формално манифестује одговарајућом активношћу председника већа, који објављује почетак доказног поступка. У доказном поступку се изводе докази о чињеницама које чине обележје кривичног дела, од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона и чињеница од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

У случају да оптужени на главном претресу призна да је учинио кривично дело, у даљем току доказног поступка изводе се само *две врсте доказа* (докази од којих зависи оцена да ли признање испуњава опште претпоставке да се сматра процесно валидним¹⁵⁴, као и докази од којих зависи одлука суда о врсти и мери кривичне санкције).

2.7.2. Предлагање доказа

Странке, бранилац и оштећени до завршетка главног претреса могу предложити да се изведу нови докази и могу поновити предлоге који су раније одбијени, а о извођењу предложених доказа одлучује председник већа. У том свом својству председник већа има стриктну законску дужност да образложеним решењем одбије доказни предлог, ако је предложено извођење доказа који је *незаконит*, што је случај када се о доказном предлогу који је усмерен на извођење доказа, који би непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања, били у супротности са Уставом, Законом о кривичном поступку, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. Уз ово, он може, такође образложеним решењем, одбити доказни предлог, ако оцени да је реч о доказу, у погледу којег постоји неки од следећих алтернативно прописаних разлога: ако су странке, бранилац и оштећени знали за доказ у току припремног рочишта или након одређивања главног претреса, али га без оправданог разлога нису предложили, ако је доказни предлог усмерен на доказивање чињеница које нису предмет доказивања, или се односи на чињенице које се не доказују, као и када су у питању докази чије је извођење очигледно усмерено на одуговлачење поступка.¹⁵⁵ Но, оваква његова одлука не мора бити и дефинитивна. Он може у току поступка опозвати своје решење, а веће поводом приговора, његово решење може преиначити и одлучити да се предложени докази изведу (чл. 395. ст. 4. и 5.).

2.7.3. Редослед извођења доказа

Доказни поступак је уређен на стриктно адверзијалним основама, уз могућност да се одређени докази изведу по одлуци суда и предлогу оштећеног. Сходно овом, после саслушања оптуженог, председник већа одређује време током којег се изводе следећи докази – најпре се изводе докази које предложи тужилац, потом докази које предложи одбрана, након тога докази чије је извођење одредило веће по службеној дужности и по предлогу оштећеног, и

154 Сходно овоме, у случају када је својим исказом оптужени признао да је учинио кривично дело, докази о учиниоцу и кривичном делу се и даље прикупљају, само у случају постојања неке од следећих околности: основана сумња у истинитост признања, мањкавост признања, ако је оно непотпуно, противречно, нејасно, односно у супротности са другим доказима.

155 С. Важић, *Улога суда у утврђивању чињеничног стања и нови ЗКП РС, Зборник „Савремене тенденције кривичног процесног законодавства у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства (нормативни и практични аспекти)”, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2012, стр. 204-214.*

на крају докази о чињеницама, од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције. Овако одређен редослед доказа је *правило*, али не апсолутног карактера. Председник већа може, ако постоје оправдани разлози, одредити другачији редослед и продужити време за извођење доказа (чл. 396. ст. 1.).

Подаци из казнене евиденције и други подаци о осуђиваности оптуженог за кажњиве радње, од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције, такође се изводе у складу са општим правилом о редоследу извођења доказа, осим ако веће одлучује о мерама за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођење кривичног поступка. У случају да оштећени који је присутан треба да се испита као сведок, његово испитивање се обавља пре осталих сведока.¹⁵⁶

На крају, у вези са овим обележјем тока главног претреса истакнимо и то да ће после извођења сваког доказа, председник већа упитати странке, браниоца и оштећеног, да ли поводом изведеног доказа имају примедбе, што је у функцији што потпуније реализације контрадикторног карактера доказног поступка на главном претресу.

2.7.4. Изношење одбране и саслушање оптуженог

Законик сасвим оправдано не прописује дужност оптуженог да се брани, али му се мора обезбедити право одбране у свим фазама кривичног поступка, па сходно томе и на главном претресу, као његовом централном стадијуму. У циљу практичне реализације тог његовог права, обавеза је председника већа да поучи оптуженог да се може изјаснити о свим околностима које га терете, да може да изнесе све чињенице које му иду у корист и да га позове да изнесе одбрану. Оптужени своју одбрану износи према правилима која су у Законику прописана за саслушање окривљеног као доказне радње.

Када оптужени заврши изношење одбране, председник већа ће га упитати да ли у своју одбрану има још нешто да наведе. У случају да оптужени одступи од свог раније датог исказа, председник већа ће га упозорити на то, упитати за разлоге одступања, а по потреби, по службеној дужности, или на захтев оптуженог, одредиће да се раније дати исказ или део тог исказа, прочита и репродукује његов оптички или тонски снимак. У овом контексту, посебно треба имати у виду чињеницу да се овде не прави никаква разлика према критеријуму органа поступка који је претходно саслушао окривљеног, из чега произлази да се може радити и о исказу који је оптужени (у својству окривљеног), дао у истрази јавном тужиоцу, или чак полицији у предистражном поступку, ако је саслушаван као осумњичени.

156 Види: М. Мајић, *Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку*, Зборник „Нова решења у кривичном процесном законодавству (теоретски и практични аспекти)”, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Београд, 2011, стр. 80-91.

Ако је потребно, а нарочито ако се исказ оптуженог дословно уноси у записник, председник већа може наредити да се тај део записника одмах прочита, а прочитаће се увек, ако то захтева странка или бранилац. У случају да оптужени одбије да изнесе одбрану, или да одговара на поједина питања, прочитаће се његов ранији исказ, део тог исказа или ће се репродуковати оптички, или тонски снимак тог исказа.

Када је реч о поступку саслушања оптуженог, његове основне карактеристике се огледају у следећем:

Прво, изношење одбране оптуженог се *пре свега* састоји у његовом слободном излагању, у односу на оптужне наводе, након чега долази до саслушања оптуженог, када му одређени субјекти поступка постављају, односно могу постављати питања и то према Закоником стриктно одређеном редоследу. Сходно овоме, када оптужени заврши изношење одбране, питања му могу постављати, најпре његов бранилац, потом тужилац, после њега председник и чланови већа, а затим оштећени или његов законски заступник и пуномоћник, са оптужени и његов бранилац, вештак и стручни саветник. Наведени субјекти, питања оптуженом могу да постављају *непосредно*, без неког посебног одобрења. Изузетак су оштећени, законски заступник и пуномоћник оштећеног, вештак и стручни саветник који оптуженом могу да постављају питања *непосредно*, само уз одобрење председника већа.

Друго, председник већа ће забранити питање или одговор на већ постављено питање, ако је оно недозвољено или се не односи на предмет, осим када се ради о питању којим се проверава веродостојност исказа, с тим да странке могу захтевати да о забрани питања или одговора на већ постављено питање, одлучи веће. Иако законодавац ово право даје само „странкама”, треба сматрати да то може чинити и бранилац, без обзира што он формално нема процесни статус странке. У случају да веће потврди одлуку председника већа о забрани питања или одговора као недозвољеног, у записник ће се, на захтев странке питање унети.

Треће, једна од карактеристика законика, када је реч о извођењу доказа, јесте релативна пасивност суда. Међутим, и поред тога постоји могућност одређене „интервенције” суда, када се ради о саслушању оптуженог на главном претресу и то не само у погледу могућности да сам непосредно поставља питања, већ и у погледу питања која су оптуженом претходно поставили други субјекти. Председник већа може увек оптуженом поставити питање, које доприноси потпунијем или јаснијем одговору на питање постављено од стране других учесника у поступку.

Четврто, право је оптуженог да се у току главног претреса саветује са својим браниоцем, али се не може са браниоцем или са било којим другим лицем договарати о томе како ће конкретно одговорити на већ постављено питање. Сходно овоме, исказ оптуженог мора увек бити у потпуности „резултат” његове слободне и неометане воље, без непосредних утицаја, у смислу сугерисања одговора који би требало дати, ускраћивања одговора на поједина питања и сл.

Пето, у случају да је оптужницом обухваћено више лица, са њима ће се поступити на начин, који је и иначе прописан за изношење одбране оптуженог и његово саслушање на главном претресу, а према редоследу из оптужнице. Даље, у случају када има више оптужених, тј. када се више лица оптужницом терети у својству саучесника, присутан је један *додатни контрадикторни* елемент на главном претресу. Он је заснован на неопходности да се на одговарајући начин омогући и „расправљање” између самих саоптужених, слично као што таква могућност постоји између странака у кривичном поступку. Њега карактеришу три правила. То су: могућност коментарисања исказа других (са)оптужених, сходно чему ће оптуженог, који је изнео одбрану, председник већа упитати да ли има нешто да изјави поводом исказа саоптуженог, који је касније изнео одбрану, затим право одговарајуће доказне иницијативе, када је у питању саслушање других (са)оптужених, што се манифестује у постојању права сваког оптуженог да поставља питања саоптуженима, као и могућност судске провере супротстављених исказа саоптужених, кроз право председника већа да суочи саоптужене, чији се искази о истој околности разликују.¹⁵⁷

2.7.5. Испитивање сведока, вештака или стручног саветника

Неколико је особености испитивања ове категорије субјеката главног претреса. Огледају се у следећем:

прво, сведок који није испитан, по правилу, неће присуствовати извођењу доказа пре свог испитивања. *Ratio* овог правила је да се онемогући да претходно извођење доказа, попут испитивања других сведока или вештака, утиче на будући исказ још неиспитаног сведока. Затим испитани сведоци, вештаци или стручни саветници, остају у судници, ако их председник већа, након изјашњења странака, сасвим не отпусти, или ако, по предлогу странака или по службеној дужности, не нареди да се привремено удаље из суднице како би касније могли бити поново позвани и још једном испитани, у присуству или одсуству других сведока, вештака или стручних саветника.

Друго, у случају да се као сведок испитује лице млађе од 14 година, веће може одлучити да се за време његовог испитивања искључи јавност, а ако лице млађе од 16 година, присуствује главном претресу као сведок или оштећени, удаљиће се из суднице чим његово присуство више није потребно.

Треће, пре почетка испитивања сведока, вештака или стручног саветника, председник већа га упозорава на кривичноправне последице давања лажног исказа – на то да лажно сведочење, односно давање лажног налаза и мишљења или исказа, представља кривично дело, затим на претходно формално преузето обавезивање у односу на веродостојност и квалитет свог бу-

157 Чл. 399. ЗКП-а

дућег исказивања – да је положио заклетву пре главног претреса, као на кључну дужност ове врсте даваоца исказа. То је дужност сведока да током испитивања говори истину и да не сме ништа да прећути, односно дужност вештака да тачно и потпуно изнесе свој налаз и мишљење.¹⁵⁸

Четврто, на главном претресу се сведок или стручни саветник испитују, уз сходну примену општих законских правила, која се односе на испитивање сведока, а вештак излаже усмено свој налаз и мишљење, али му веће може дозволити да прочита писани налаз и мишљење које ће потом приложити записнику. Сведоку, вештаку или стручном саветнику, непосредно постављају питања странке и бранилац, председник и чланови већа, а оштећени, или његов законски заступник и пуномоћник, вештак или стручни саветник, могу непосредно постављати питања, уз одобрење председника већа.

Пето, испитивање сведока на главном претресу се одвија на адверзијалан начин. Доказна активност примарно припада странкама, а редослед постављања питања сведоку зависи од тога која је странка прва предложила испитивање конкретног сведока. Та странка врши основно испитивање, а супротна странка има могућност унакрсног испитивања. У случају да обе странке предложе испитивање истог сведока или исто вештачење, сматраће се да је доказ предложила странка чији је предлог први заведен у суду, а ако је суд одредио испитивање сведока или вештачење, без предлога странака, питања први постављају председник и чланови већа, потом тужилац, оптужени и његов бранилац, вештак, или стручни саветник. На крају, оштећени или његов законски заступник и пуномоћник, имају право да поставе питања сведоку, вештаку или стручном саветнику, након тужиоца, увек када тужилац има право на испитивање.

Шесто, три су могућа вида испитивања сведока на главном претресу (основно, унакрсно и додатно)¹⁵⁹. Свака странка има безусловно право на основно испитивање сведока којег је она предложила, или га је она прво предложила (уколико истог сведока предлажу обе странке). Странка такође, има безусловно право на унакрсно испитивање сведока, којег је пре тога, основно испитала супротна странка. Насупрот томе, када је реч о овом предузимању, оно је већ условљено одобрењем суда. Овоме додајмо и то да је Закоником решено и питање редоследа испитивања сведока на главном претресу (најпре се обавља основно, после тога унакрсно испитивање, а по одобрењу председника већа могуће је и *додатно* испитивање сведока).

158 Упозорења су наведена према законском редоследу. Међутим, чини се логичнијим другачији редослед. Примера ради, да се сведок прво упозорава на своју дужност да говори истину и да ништа не прећути, односно да се вештак прво упозорава на дужност да тачно и потпуно изнесе своје мишљење, а да се тек потом упозоравају на кривичноправне последице супротног поступања.

159 Основно је прво испитивање, које обавља странка која је сведока предложила, односно која га је „прва“ предложила, док је унакрсно испитивање оно које долази после основног, које предузима супротна странка и које је по логици ствари, усмерено на побијање оних елемената исказа добијеног током основног испитивања, а који су негативни по супротну странку.

Седмо, приликом испитивања сведока, вештака или стручног саветника, сходно се примењују одређене законске одредбе које се односе на исказ оптуженог, дат на главном претресу, а који се разликује у односу на исказ из неке претходне фазе поступка, као и у односу на уношење исказа сведока у записник. Сходно овоме, сведока који одступи од свог раније датог исказа, председник већа упозорава на то, те га пита за разлоге одступања, а председник већа по потреби, одређује по службеној дужности, или то чини на захтев оптуженог да се раније дати исказ, или део тог исказа, прочита и репродукује његов отгички или тонски снимак. Или, ако је потребно, а нарочито ако се исказ сведока дословно уноси у записник, председник већа може наредити да се тај део записника одмах прочита, а прочитаће се увек ако то захтева странка или бранилац. Код испитивања сведока, вештака, или стручног саветника, сходно се примењују и одредбе Законика у вези са саслушањем оптуженог, а које се тичу забране одређене врсте питања, одговора на недозвољена питања и могућности да председник већа поставља сведоку прецизирајућа питања. На крају, ту је и одредба по којој председник већа може сведоку увек – током било ког вида испитивања, на главном претресу поставити питање које доприноси потпунијем, или јаснијем одговору на питање постављено од стране других учесника у поступку.

2.8. Одступања од непосредног извођења доказа на главном претресу

Непосредно извођење доказа на главном претресу је правило, али не без изузетка. Три су процесне ситуације које представљају изузетак од непосредности извођења доказа, као правила. То су: а) извођење доказа ван главног претреса; б) упознавање са садржином писмена и исправа, в) упознавање са садржином записника о исказима датим пре главног претреса, односно током другог суђења. Садржински посматрано, код прва два наведена случаја се у мањој мери одступа од објективног аспекта начела непосредности. Доказе који се изводе ван главног претреса, такође изводи исти суд (односно део тог суда), пред којим се одвија главни претрес и то се чини током трајања актуелног главног претреса. Код упознавања са садржином писмена и исправа, чак и не мора увек доћи до одступања од начела непосредности у објективном смислу, јер се некада ради о начину фиксирања материјалних доказа путем одређених писмена и исправа, или такве исправе имају значај материјалних доказа, па се упознавањем са њима, суду на главном претресу омогућава да непосредно стекне увид у њихову садржину. Код трећег случаја (када се суд током главног претреса упознаје са записницима о исказима који су дати у неким ранијим фазама кривичног поступка, а пре свега у истрази, или/и у предистражном поступку), долази до типичног случаја одступања од начела непосредности у објективном смислу. У таквом случају се омогућава да суд утврђује чињенично стање на темељу чињеница, које су утврђене доказима изведеним, или на потпуно другом суђењу и пред другим обликом суда, или уз још веће одступање, у другим процесним фазама, које су у надлежности несудских органа. Такав је случај, на пример, са исказима сведока које је у истрази испитао јавни тужилац.

Иначе појединачно посматрано основне карактеристике ових одступања се огледају у следећем:

- до извођења доказа ван главног претреса долази из објективних разлога. Наиме, ако се на главном претресу сазна да сведок или вештак не могу да дођу пред суд, или да им је долазак знатно отежан, веће може, ако сматра да је њихов исказ важан, наредити да их ван главног претреса испита председник већа или судија – члан већа, непосредно или путем техничких средстава за пренос слике и звука.¹⁶⁰ У случају потребе да се изврши увиђај, или реконструкција ван главног претреса, веће ће овластити председника већа или судију – члана већа да то учини. У оваквим случајевима, странке, бранилац, оштећени и стручни саветник, биће обавештени о месту и времену предузимања доказних радњи, које се врше ван главног претреса, уз упозорење да током таквог извођења доказа имају права на учествовање у испитивањима сведока или вештака, на исти начин, на који би та права остварили и на главном претресу (чл. 404. ст. 1-3.). Сходно овоме, може се закључити да се у оваквом случају не ради о потпуном изузетку од начела непосредности у објективном смислу. Овде се конкретне доказне радње врше у истом периоду, у којем иначе и траје главни претрес, а врши их сам суд, пред којим се иначе и води главни претрес, или његови појединци (председник већа или судија – члан већа, којег је за то овластио председник већа). Осим тога, ако странке, бранилац, оштећени и стручни саветник, присуствују доказној радњи која се врши ван главног претреса, они имају могућност одговарајуће доказне иницијативе и активности током извођења доказа и то на начин, као када се доказна радња врши на самом главном претресу.

Упознавање са садржином писмена и снимака. Ratio legis овог одступања лежи у чињеници да се одређене доказне радње, усмерене примарно на материјалне доказе, врше пре главног претреса, по правилу, већ у предистражном поступку, што је посебно карактеристично за увиђај, као и претресање стана, других просторија и лица, и привремено одузимање предмета. Да би се резултати таквих радњи могли користити као чињенична подлога за одлуку суда, којом се решава предмет кривичног поступка, потребно је да се суд на главном претресу упозна за записницима о конкретним доказним радњама. Сходно овоме, законодавац предвиђа *два основна начина* упознавања суда са садржином доказа у писаном облику, као и са одређеним аудио-видео снимцима, прибављеним пре главног претреса. Прво, вршењем увида у њих или кратким изношењем садржине таквих записника, потврда или исправа, односно њиховим читањем, што је у функционалној надлежности председника већа, под условом да веће оцени да је то потребно. Друго, у случају када се ради о оптичким, тонским снимцима или електронским записима, који се користе као доказ,

160 О употреби видео линка у кривичном поступку види: С. Бејатовић, *Ефикасност кривичног поступка као инструмент превенције насилничког криминалитета*, Полицијска криминалистичка академија, Београд, 2014, стр. 18-33.

они се на главном претресу репродукују тако да се присутна лица могу упознати са њиховим садржајем.¹⁶¹

На крају, у вези са овим додајмо и то да се исправе које се користе као доказ на главном претресу, подносе у оригиналу, уколико је то могуће. С обзиром на ово, када се ради о исправама које представљају посебну врсту материјалног доказа, ту се у ствари, по правилу, ни не ради о одступању од начела непосредности у објективном смислу на главном претресу, јер суд непосредно стиче увид у конкретан доказ на главном претресу, који се практично изводи непосредно пред судом.

2.9. Завршне речи

Последња фаза главног претреса су завршне речи. После објављивања да је доказни поступак завршен, председник већа даје завршну реч, по законом предвиђеном редоследу, с тим да тужилац, оштећени, његов законски заступник или пуномоћник, имају право да одговоре на завршне речи браниоца и оптуженог, а бранилац и оптужени имају право да се осврну на те одговоре. Последња реч увек припада оптуженом, а председник већа може, након изјашњења странака, одредити трајање завршних речи (чл. 412.).

Када је реч о садржини завршних речи, тужилац у својој износи оцену доказа изведених на главном претресу, изводи закључке о чињеницама важним за одлуку, указује на одредбе кривичног и другог закона, које би се имале применити, наводи олакшавајуће и отежавајуће околности, које би требало узети у обзир приликом одлуке о кривичној санкцији, те предлаже врсту и меру кривичне санкције. Оштећени, његов законски заступник или пуномоћник, у завршној речи може образложити имовинскоправни захтев и указати на доказе о томе да је оптужени учинио кривично дело. Бранилац или сам оптужени, у завршној речи може одговорити на наводе завршне речи тужиоца и оштећеног, и изнети своје оцене о предње наведеним питањима. Оптужени који има браниоца, има право да се на крају изјасни да ли прихвата завршну реч браниоца, као и да је исправи и допуни. Кад оптужбу заступа више лица или има више бранилаца, садржај завршних речи се не сме понављати, а заступници оптужбе и браниоци дужни су да се, у циљу придржавања ове забране, договоре о подели задатака и темама о којима ће говорити. Председник већа може, после претходне опомене, прекинути лице које у својој завршној речи прекорачи одобрено време, врећа јавни ред и морал, врећа другога, или се упушта у понављање и излагање које очигледно није у вези са предметом, уз обавезу да у записнику о главном претресу наведе, да је и због чега завршна реч била прекинута. После свих завршних

161 На овај начин изводе се и докази у случајевима када је Законом прописано да се исказ, или друга процесна радња, снима и да се уз снимак води записник, у који се уноси само одређени подаци. Предмети који могу служити разјашњењу ствари, биће показани на главном претресу оптуженом, сведоцима или вештацима, а ако показивање има значај препознавања, поступа се у складу са општим правилима препознавања у кривичном поступку.

речи, председник већа је дужан да упита да ли још неко од лица која имају право на завршну реч, жели нешто да изјави (чл. 413. ст. 7.).

До сада наведеном додајмо и то да после завршних речи, веће може одлучити да се доказни поступак настави ради извођења још неких доказа. У таквом случају, лица која имају право на завршну реч, могу своје завршне речи само допунити у вези са доказима изведеним у наставку доказног поступка (чл. 414. ст. 1-3.). У случају да веће после завршних речи не одлучи да настави доказни поступак, председник већа објављује да је главни претрес завршен, након чега се веће повлачи на већање и гласање ради доношења одлуке. Но, ако у току већања и гласања, веће одлучи да се главни претрес поново отвори и доказни поступак настави, ради извођења још неких доказа, долази до наставка доказног поступка (чл. 415.).

3. Закључна разматрања

Главни претрес који представља централну фазу кривичног поступка као целине, је изузетно важан инструмент обезбеђења његове ефикасности, а тиме и практичне реализације начела суђења у разумном року. Наравно, не безусловно. Да би главни претрес био у функцији жељеног степена ефикасности кривичног поступка – у функцији начела суђења у разумном року, он мора да буде адекватно нормиран, а такве норме адекватно примењене. С обзиром на ово, кључно питање садашњег тренутка процеса реформе кривичног процесног законодавства Србије је, да ли су испуњене ове две претпоставке или не, а ако нису, шта би требало предузети? Извршена анализа предметне проблематике показује да немали број питања главног претреса, у реформисаном кривичном процесном законодавству Србије, није у функцији прокламованих циљева реформе као целине, а то је стварање нормативних претпоставки за жељени степен ефикасности кривичног поступка – претпоставки за обезбеђење суђења у разумном року, уз пуно поштовање слобода загарантованих међународним актима и националним законодавством, као и права актера ове фазе поступка. Међу немалим бројем питања из ове области, посебно се истичу она која се тичу адверзијалне структуре главног претреса, припремног рочишта, садржинске промене немалог броја начела његовог функционисања – пре свега начела истине и промењеног процесног положаја његових главних субјеката. С обзиром на ово, аутор је на становишту да што пре треба наставити рад на процесу реформе кривичног процесног законодавства Србије, у којем ваља отклонити уочене недостатке у нормирању проблематике тока главног претреса. Путоказ како то постићи су бројни предлози *de lege ferenda*.

Милан Ткалац

Апелациони јавни тужилац у Новом Саду

Радован Лазић

заменик Апелационог јавног тужиоца у Новом Саду

ЖАЛБЕНИ ПОСТУПАК

Законик о кривичном поступку (у даљем тексту ЗКП) је у глави XIX уредио поступак по правним лековима. Жалба је једини редовни правни лек. ЗКП познаје три врсте жалбе: жалба против првостепене пресуде, жалба против другостепене пресуде (дозвољена само у једном случају) и жалба против решења. Изјављивањем жалбе против пресуде се спречава наступање правноснажности и одлаже извршење пресуде (суспензивно дејство жалбе). Суспензивно дејство, по правилу, има и жалба изјављена против решења, ако у закону није друкчије одређено. Жалбом се првостепена пресуда може побијати по чињеничном и по правном основу. Тако се странкама омогућава да изјављивањем жалбе покрену поступак контроле испитивања правилности првостепених одлука, који може довести до кориговања истих. Да ли ће жалба бити изјављена и првостепена одлука бити испитивана у другостепеном поступку, зависи само од воље лица овлашћених да изјаве жалбу (факултативност жалбе). Од воље странака зависе и границе испитивања првостепених одлука, осим када је у питању жалба против пресуде, а и у тим случајевима ЗКП је значајно смањио овлашћење, односно обавезу суда да по службеној дужности испитује правилност првостепене пресуде. По службеној дужности се испитује само одлука о кривичној санкцији и то ако је жалба изјављена у корист окривљеног, док се пресуде донете у скраћеном поступку не могу испитивати по службеној дужности.

1. Жалба против првостепене пресуде

1.1. Право на изјављивање жалбе

Чланом 432. ст. 1. ЗКП-а одређен је факултативни карактер жалбе. Испитивање пресуде у другом степену није обавезно, јер се пресуда испитује само поводом жалби овлашћених лица, која једино могу изјавити жалбу. Ако су дани достављања преписа оптуженом и браниоцу различити, као почетак рока узима се дан достављања које је касније извршено. Рок за жалбу против пресуде у потпуном поступку је 15 дана, од дана достављања преписа пресуде, док је у скраћеном поступку тај рок 8 дана (чл. 509. ст. 1.).

Одредбама чл. 432. ст. 2. и 3. уведена је могућност продужења рока за жалбу на захтев странке и браниоца највише за још 15 дана, што је новина у нашем кривичном процесном праву. Ова могућност је изузетак и то само у нарочито сложеним предметима, од правила да се рок за изјављивање жалбе не може продужити. Исти изузетак важи и за давање предлога јавног тужиоца који поступа пред другостепеним судом (чл. 445. ст. 3.). У осталим случајевима окривљени (али не и његов бранилац, као ни остала лица овлашћена за изјављивање жалбе), може тражити повраћај у пређашње стање, под условом да је пропустио рок за жалбу из оправданих разлога (чл. 226. ст. 1.).

Благовремено изјављена и дозвољена жалба има суспензивно (одложно) дејство према свакој пресуди, укључујући и ослобађајућу пресуду (чл. 432. ст. 4.). Таква жалба спречава да се пресуда изврши, док се о жалби не одлучи, а исто дејство има и рок за жалбу – пресуда се не може извршити до истека рока за жалбу.

У погледу круга лица овлашћених за изјављивање жалбе, ЗКП је задржао раније решење. Тако жалбу у корист оптуженог могу изјавити бранилац, оптужени, његов брачни друг, лице са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, законски заступник, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра и хранилац, а рок тече од дана када је оптуженом, односно његовом браниоцу, достављен препис пресуде. Уколико достављање преписа пресуде оптуженом и браниоцу није извршено истог дана, рок почиње да тече даном достављања, које је касније извршено за наведена лица.

Најпотпуније право на жалбу има јавни тужилац. Он може изјавити жалбу и на штету и у корист оптуженог, а оптужени не може да га спречи да изјави жалбу у његову корист. Јавном тужиоцу је дато право да изјави жалбу и у корист оптуженог, зато што он није само странка у поступку, већ и државни орган који штити законитост. Тада јавни тужилац изјављује жалбу у општем интересу, па је изјављивање такве жалбе независно од воље окривљеног. Не постоје законска ограничења у погледу права јавног тужиоца да изјави жалбу у корист оптуженог, али оправданост за такву жалбу постоји углавном он-

да када је повређен закон на штету оптуженог. Јавни тужилац једино не може да изјави жалбу на одлуку о имовинскоправном захтеву. Јавни тужилац самостално одлучује да ли ће изјавити жалбу и у ком обиму, али нема обавезу да жалбу изјави, као ни да при изјављеној жалби остане. У случајевима када се јавни тужилац одрекне права на жалбу, не изјави је или од ње одустане, оштећени не може да ступи на његово место као тужилац. У случају евентуалне досуде имовинскоправног захтева на штету одузимања имовинске користи, јавни тужилац тада не побија пресуду због одлуке о имовинскоправном захтеву, већ због повреде кривичног закона (мера одузимања имовинске користи није изречена).

Новину представља ограничење могућности оспоравања првостепене пресуде, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, у случају јасног и потпуног признања окривљеног, које није у супротности са изведеним доказима. У тој ситуацији окривљени, бранилац и лица овлашћена за изјављивање жалбе у корист оптуженог, могу побијати пресуду по чињеничном основу, само у односу на чињенице од којих зависи одлука о кривичној санкцији. Ово ограничење не важи и за јавног тужиоца.

У погледу одрицања од права на жалбу и одустанка од жалбе, ЗКП не доноси нова решења и изузев по структури, не разликује се од чл. 365. Законика о кривичном поступку из 2002. године.

1.2. Садржај жалбе

Ни у погледу садржаја жалбе нема никаквих новина. Обавезни елементи жалбе су прописани готово идентично као у чл. 366. ст. 1. Законика о кривичном поступку из 2002. године. Једина разлика је у тачки 2. у којој се сада наводи „основ за изјављивање жалбе”, док се раније наводио „основ за побијање пресуде”, што је промена стилске природе, док суштинске разлике нема.

У образложењу жалбе треба дати конкретне разлоге за основ побијања пресуде. У уводном делу образложења треба кратко навести садржину побијане пресуде, а потом наставити са анализом разлога пресуде и оспоравањем основаности тих разлога. То оспоравање се врши конкретним указивањем на неприхватљивост разлога пресуде и изношењем разлога за друкчији став о питању, на које се жалбени основ односи. Образложење жалбе треба дати јасно, прегледно и одвојено по сваком жалбеном основу. Када се оспоравају разлози пресуде, могу се цитирати поједини делови пресуде или судског списка, уз навођење стране пресуде, односно списка на којој се цитирани текст налази. У образложењу жалбе због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, потребно је навести недостатке приликом утврђивања чињеница у побијаној пресуди и указати на доказе из којих произлази друкчије стање ствари. У образложењу пресуде по основу повреде кривичног закона, треба навести коју повреду из чл. 439. садржи побијана пресуда и у чему се та повреда састоји.

Жалбени предлог треба да гласи баш онако како је и одређен у тачки 4. и треба да буде усклађен са жалбеним основима. Укидање пресуде је по садржини увек исто, али преиначење може имати различиту садржину, па предлог за преиначење пресуде треба да буде дат на сажет и прецизан начин (на пример, осуда на казну затвора уместо условне осуде). Код алтернативно постављених жалбених основа (нпр. због погрешно утврђеног чињеничног стања, или због повреде кривичног закона) и предлог треба да буде алтернативан (да се првостепена пресуда укине или да се преиначи). Предлог није потребно оптерећивати сувишним наводима, као што је „да се жалба усвоји”, а побијану пресуду треба тако и називати, а не „нападнутом” или „ожалбеном” пресудом.

Поступање са неуредном жалбом уређено је одредбама чл. 436. ЗКП-а. Одредба ст. 1. уводи „нечиткост” као нови основ, да суд сматра жалбу неуредном. Са нечитком жалбом се поступа на исти начин као и са жалбом која не садржи образложење, жалбени предлог и потпис лица које изјављује жалбу (ст. 2.).

Такође у ст. 4. се сада изричито наводи да се у жалби могу предлагати и докази, чије је извођење првостепени суд одбио. Иако се ово у ранијем законском решењу није изричито наводило, у жалбама које су изјављене због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, у пракси се није постављало питање дозвољености предлагања доказа, које је одбио првостепени суд, тако да ова промена нема практични значај.

1.3. Жалбени основи

Основи за жалбу се нису мењали. Израз „жалба се може изјавити” је идентичног значења као и израз „пресуда се може побијати”, тако да је ова промена само језичко-стилског карактера и нема никакав практични значај, како је већ раније помињано. Иако се у тачки 4. поред одлуке о кривичној санкцији, не набрајају и друге одлуке због којих се жалба може изјавити, израз „друге одлуке” их све обухвата, тако да ни ова измена неће имати никакве практичне последице.

Редослед навођења основа у жалби, не утиче на ваљаност жалбе. Они се могу наводити било којим редом, а препоручљиво би било да се наводе, или редом како су наведени и у закону, или редом по природи недостатака, због којих се жалба изјављује. Према овом принципу, прво би требало навести битне повреде одредаба кривичног поступка, затим погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, јер се материјално право примењује на чињенице за које суд нађе да су утврђене, а потом повреде кривичног закона, неправилно изречене кривичне санкције и друге одлуке. Велики је значај разликовања чињеничних и правних питања. Чињенична питања се односе на конкретно испољавање учиниоачевог дела, а правна, на подвођење конкретних чињеница под правну норму. Чињенице су сами стварни догађаји, а правни значај одређене чињенице је правно питање. Примера ради, чињенично питање је

вредност украдене ствари, а правно питање је да ли то представља малу имовинску корист. Проблем је што се приликом утврђивања неких чињеница, поготово субјективних, те чињенице уопштено описују коришћењем законских израза (да је био свестан да својом радњом може учинити дело, али је олако држао да до тога неће доћи, или је на то пристао, или је хтео извршење дела), па се *чињенично* и *правно* привидно спајају, због чега закључке о субјективном односу учиниоца према делу, описане законским изразима, треба сматрати чињеничним питањима и побијати их по основу погрешног или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Новим ЗКП-ом је прописивање битне повреде одредаба кривичног поступка, као жалбеног основа, претрпело значајне измене, како у погледу апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка, тако и у погледу релативно битних повреда одредаба кривичног поступка. За апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка није потребно доказивати да су утицале, или да су могле да утичу на правилност и законитост пресуде. Довољно је доказати да оне постоје. Код релативно битних повреда одредаба кривичног поступка, није довољно само њихово постојање, већ је потребно и да су биле од утицаја, или да су могле бити од утицаја на правилност и законитост пресуде. Међутим, важно је имати у виду да о битним повредама одредаба кривичног поступка, укључујући и све апсолутно битне повреде одредаба кривичног поступка, другостепени суд више не води рачуна по службеној дужности, већ само када се на њих указује жалбом.

Већ у тачки 1. ст. 1. уводи се нова, апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка. Оправдано је поставити питање да ли се ту уопште и може радити о битној повреди одредба кривичног поступка (процесном основу за изјављивање жалбе), пошто су околности које трајно искључују кривично гоњење, као амнестија, застарелост и помиловање, институти материјалног кривичног права. Такође, то су разлози за доношење пресуде којом се оптужба одбија (чл. 422. ст. 3. ЗКП-а). Због тога, постојање околности које трајно искључују кривично гоњење представљају повреду кривичног закона (материјалноправни основ за изјављивање жалбе), како је то раније и било одређено, па није јасно, зашто их законодавац сада одређује као апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка.

Противречност изреке пресуде самој себи и недостаци у разлозима пресуде, више не представљају апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка, већ су релативно битна повреда одредаба кривичног поступка (ст. 2 тачка 2.). Међутим, како је неразумљивост изреке првостепене пресуде и даље апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка, а противречност изреке самој себи, релативно битна повреда одредаба кривичног поступка, може се поставити питање, како то изрека пресуде уопште може бити разумљива, ако је противречна самој себи? Ово може довести до арбитражности у поступању другостепених судова, па да исте недостатке у изреци првостепене пресуде у неким ситуацијама, другостепени суд одреди као апсолутно битну повреду и укине првостепену пресуду, а у другим ситуацијама, као релативно

битну повреду која не онемогућава испитивање законитости и правилности пресуде, па да првостепену пресуду потврди. Због тога је потребно појаснити да се најчешћи случајеви неразумљивости изреке пресуде тичу недостатака у опису дела, за које је оптужени оглашен кривим. Изрека осуђујуће пресуде је неразумљива, ако опис дела не садржи чињенице из којих произлазе сва објективна и субјективна обележја кривичног дела. На пример, према судској пракси, изрека је неразумљива ако у опису кривичног дела крађе, преваре, проневере, није наведена динарска противвредност страног новца прибављеног кривичним делом, или ако при изрицању мере одузимања имовинске користи, није наведен износ те користи, итд. Примери оваквих недостатака у изреци су најчешћи у јавном тужилаштву, због мањкавог чињеничног описа у диспозитиву оптужнице, који судови најчешће само препишу. Са друге стране, непостојање разлога о одлучним чињеницама, или потпуна нејасност тих разлога, више не представљају апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка. Ове повреде тичу се образлагања утврђења одлучних чињеница, а не самог утврђења чињеница. Према судској пракси, пресуда нема разлога о одлучним чињеницама, ако образложење не наводи које се одлучне чињенице утврђују појединим доказима, већ је само наведена садржина доказа, ако нису дати разлози о утврђењу одређеног облика кривице, ако нису наведени разлози о томе да је оптужени млађе пунолетно лице, нити је оцењивано да ли постоје услови за изрицање васпитне мере, ако су само наведене околности од значаја за врсту и висину кривичне санкције, а нису дати посебни разлози за ублажавање казне или изрицање условне осуде (међутим, ако суд изрекне казну испод посебног минимума, или блажу врсту казне, коју је могао изрећи применом одредаба о ублажавању казне, а не утврди било коју ублажавајућу или олакшавајућу околност, коју не оцени нарочито олакшавајућом, не ради се о битној повреди одредаба кривичног поступка, већ о повреди кривичног закона), итд.

Заснованост пресуде на недозвољеном доказу, такође више није апсолутно битна повреда одредаба кривичног поступка, већ релативно битна повреда, која неће постојати ако би и други изведени докази довели до исте пресуде. Ово није ново решење, јер га је наше процесно законодавство имало пре Законика о кривичном поступку из 2002. године. Међутим, овој повреди, иако је сада одређује као релативно битну повреду одредаба кривичног поступка, законодавац даје посебну тежину и значај, јер је изричито наводи у ст. 2 тачка 1, иако би се и она могла подвести под општу одредбу из ст. 2 тачка 3.

Релативно битна повреда одредаба кривичног поступка постоји и ако суд у току главног претреса није применио или је неправилно применио, неке одредбе ЗКП-а, а то је било од одлучног утицаја на доношење законите и правилне одлуке. Ова битна повреда постоји и ако првостепени суд не поступи по примедбама другостепеног суда, изнетим у решењу о укидању пресуде, јер је, према одредби чл. 462. ст. 3, првостепени суд дужан да изведе све процесне радње и расправи сва спорна питања, на која је указао другостепени суд.

Разликовање правних од чињеничних основа за побијање пресуде је веома значајно, о чему је већ било речи. Суд примењује право на чињенице које је утврдио, па повреда кривичног закона постоји када закон није правилно примењен на утврђено чињенично стање. Ако је погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање, узроковало друкчију примену материјалног права, жалба се изјављује због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања. У пракси су честе грешке, да се жалба изјављује по основу повреде кривичног закона, иако се ради о погрешно или непотпуно утврђеном чињеничном стању, са образложењем да је због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, примењен закон који се не може применити. Жалба по овом основу претпоставља правилно и утврђено чињенично стање, а од другостепеног суда се захтева да на правилно и потпуно утврђене чињенице, правилно примени материјалноправне прописе.

Повредом кривичног закона (материјалноправни основ за изјављивање жалбе) ЗКП не сматра постојање околности које исључују кривично гоњење, већ апсолутно битном повредом одредаба кривичног поступка, како је већ изложено код разматрања чл. 438.

Примена кривичног закона, у случају када је примењен пропис који се не може применити, првенствено подразумева погрешну правну квалификацију, али и сваку другу погрешну примену материјалног права. Повреда постоји када је уместо једне материјалноправне одредбе, погрешно примењена друга, на пример, када суд погрешно примени одредбе о продуженом кривичном делу, када за то нису постојали законски услови или их не примени, а за то су постојали законски услови.

Новину представља и одредба чл. 439. ст. 1. тачка 4. ЗКП-а – повреда одредаба о урачунавању забране напуштања стана, што представља усклађивање са допуном чл. 63. ст. 1. Кривичног законика, као и сваког другог облика лишења слободе, чиме законодавац оставља отворен простор за измене материјалног кривичног права, у погледу евентуалног увођења нових мера, које у себи садрже елемент лишења слободе.

Више се изричито не наводи да непотпуно утврђено чињенично стање постоји и када на то указују нове чињенице или нови докази. Изостављање ове одредбе из ЗКП-а не би требало да произведе последице у практичном поступању, јер нове чињенице и докази нису посебан основ за изјављивање жалбе, већ средство којим се утврђује да је чињенично стање погрешно или непотпуно утврђено, због чега њихово изостављање из овог члана ЗКП-а делује оправдано. Изношење нових чињеница и нових доказа у жалби, може се односити и на погрешно и на непотпуно утврђено чињенично стање. Нове чињенице, по логици ствари, указују на другачије чињенично стање од утврђеног, а нови докази дају основ за другачије закључивање о постојању чињеница, које је суд утврђивао, или се помоћу њих могу утврђивати чињенице које је првостепени суд пропустио да утврди.

Ипак, поставља се питање да ли је овај жалбени основ, у готово неизмењеном облику, у складу са новом концепцијом кривичног поступка, на којој се заснива ЗКП, а која одступа од начела утврђивања истине и доказну улогу суда своди на најмању могућу меру. Према одредби чл. 15. ст. 3. ЗКП-а, суд изводи доказе на предлог, а једино ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно, може наложити странци да предложи допунске доказе. Изузетно, може и сам извести такве доказе. Тако суд практично нема обавезу утврђивања чињеничног стања, јер то ЗКП препушта странкама, али странке и даље могу побијати пресуду, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Нису ретки случајеви да се у жалбама закључци првостепеног суда о субјективним чињеницама (умишљај, нехат, намера, итд.), погрешно побијају по основу повреде кривичног закона, уместо по основу погрешно утврђеног чињеничног стања, о чему је већ било речи. Избор жалбеног основа захтева пажљиву процену у сваком конкретном случају. Побијање правне оцене било би довољно, само ако су све чињенице правилно утврђене, а ако нису, пресуду треба побијати због погрешно утврђеног чињеничног стања, или по оба основа.

Одлука о кривичној санкцији се може побијати и ако не постоји повреда кривичног закона из чл. 439. ст. 3, али казна није правилно одмерена. Могуће је побијати првостепену пресуду због одлуке о кривичној санкцији и ако првостепени суд није ценио као отежавајућу, односно олакшавајућу околност и околност која је обележје кривичног дела, уколико она прелази меру која је потребна за постојање кривичног дела, или одређеног облика кривичног дела, јер према одредби чл. 54. ст. 3. КЗ-а и околност која је обележје кривичног дела, може се узети у обзир као отежавајућа, односно олакшавајућа околност под напред наведеним условом.

Приметно је да се прецизније одређује неправилност одлуке о одузимању имовинске користи и одлуке о трошковима кривичног поступка. И одлука о одузимању имовинске користи се може побијати и када не постоји повреда кривичног закона из чл. 439. ст. 3, али је суд неправилно изрекао ову одлуку или је није изрекао, иако су за то постојали услови.

Одлука о трошковима кривичног поступка може се побијати, ако је повређен закон, али и ако је суд погрешно изрекао или није изрекао одлуку о ослобађању оптуженог од дужности да у целости или делимично, накнади трошкове поступка. Поставља се питање оправданости оваквог решења, јер исто даје основ за жалбу, само ако је одлука везана за сношење трошкова од стране оптуженог, али не и када би постојале друге неправилности у погледу одлуке о трошковима кривичног поступка.

1.4. Поступак по жалби

Суштинску промену доносе одредбе ст. 2. и 3. које омогућавају отварање главног претреса и наставак доказног поступка пред првостепеним судом и након изјављивања жалбе. Ово је могуће, само ако су у жалби изнете нове чињенице и предложени нови докази, који према оцени председника већа могу допринети свестраном расправљању предмета доказивања. У ситуацији када се главни претрес отвара поводом жалбе која је изјављена само у корист оптуженог, мора се водити рачуна о забрани „*reformatio in peius*”.

Одредба чл. 443. ст. 2. и 3. ЗКП-а је у знатној мери нејасна и ствара многе недоумице у пракси, почев од тога, који је то „нови доказ” (да ли и онај који је одбијен сходно чл. 395. ст. 4. тач. 1. ЗКП-а), како поступити ако има више жалби, различита одлука о кривици у односу на више лица (осуђујућа, одбијајућа, ослобађајућа према више лица), однос старе и нове пресуде, који су домети забране „*reformatio in peius*” и др. Хипотетички је могуће мноштво ситуација које захтевају тумачење ове одредбе, што указује на нужност да се она детаљније регулише у процесном закону, мада се поставља питање њене егзистенције с обзиром на концепцију самог поступка и улогу суда у утврђивању чињеничног стања.

Уочљива је колизија одредбе чл. 444. ст.1, у којој се наводи да суд доставља примерак жалбе само супротној страни на одговор, са одредбом чл. 442, која захтева да се жалба подноси у довољном броју примерака за суд, противну странку, браниоца и оштећеног. Како одредба ст. 1. не ствара обавезу првостепеног суда да примерак жалбе достави и оштећеном, нејасна је обавеза да се приликом подношења жалбе достави примерак и за оштећеног (чл. 442.). Зато би ову одредбу требало тумачити тако да првостепени суд има обавезу да примерак жалбе достави и оштећеном (чл. 442.).

У одговору на жалбу прво треба изнети став о пресуди и жалби, а потом побијати конкретне наводе жалбе. Одговор на жалбу треба дати у прописаном року од осам дана, али овај рок није преклузиван. Одговор на жалбу предат по истеку рока од осам дана, узео би се у обзир, ако би стигао у другостепени суд пре одлучивања о жалби.

Одредбом чл. 445. ст. 1. ЗКП-а је прописано да се само достављају списи судији известиоцу, за разлику од ранијег решења, када је председник већа одређивао судију известиоца. Одређивањем судије известиоца ЗКП се не бави, па је то остављено правилима којима се регулише судска управа. Остављена могућност да више чланова већа могу бити судије известиоци, делује оправдано и може значајно допринети ефикасности другостепеног поступка, поготово у сложеним и обимним предметима, али се може појавити проблем у ситуацији, када би судије известиоци заузели различито мишљење. Тада би одлучујући био глас судије који није судија известилац, па је фактички најмање упознат са предметом.

Одредба чл. 445. ст. 2. ЗКП-а овлашћује и обавезује судију известиоца да из списка издвоји записнике и обавештења из чл. 237. ст. 1. и 3. ЗКП-а. Ово би могло изазвати одређене проблеме у поступању другостепеног суда по жалби. Судија известилац има обавезу да донесе решење о издвајању, ако утврди да се у списима налазе недозвољени докази, у смислу чл. 237. ст. 1. ЗКП-а. Међутим, уколико се пресуда заснива на недозвољеном доказу, то представља основ за жалбу, због битне повреде одредаба кривичног поступка из чл. 438. ст. 2. тач. 1, па нема логике да се записници и обавештења, због којих се и изјављује жалба, издвајају из списка пре самог разматрања жалбе. На овај начин се надлежни јавни тужилац и веће другостепеног суда, могу довести у ситуацију да уопште и не могу поступати, јер не би могли одлучивати о жалби без увида у записнике и обавештења, због којих је жалба и изјављена. Надаље се каже да против решења о издвајању из списка, није дозвољена посебна жалба, а одмах потом се одређује поступање судије известиоца *по правноснажности*, што је нелогично, пошто је исто решење правноснажно самим доношењем, јер посебна жалба није дозвољена.

Иако ст. 3. дозвољава јавном тужиоцу да, када врати списе другостепеном суду, изјави да ће предлог ставити на седницу већа, из практичних разлога је боље ставити образложени писани предлог. То даје могућност судији известиоцу да приликом припремања за седницу већа, има у виду и став јавног тужиоца, а практично је и због могућег неприсуствовања јавног тужиоца седници већа. Међутим, и када стави писмени предлог, јавни тужилац би требало да присуствује седници већа, поготово у сложенијим и значајнијим предметима. Код најтежих кривичних дела, учешће јавног тужиоца на седници већа би требало сматрати обавезним. У нарочито сложеним предметима, јавном тужиоцу се оставља дужи рок (30 дана) за давање предлога о жалби, што је добро решење, јер може побољшати квалитет рада јавног тужиоца. Иако је у питању инструктивни рок, у пракси се овај рок поштује, као и преклузивни рокови, због чега је заиста постојала потреба да се он у нарочито сложеним предметима повећа. То међутим, отвара питање одређивања појма „нарочито сложени предмети”, који закон не одређује. Уколико се дефинисање „нарочито сложених предмета” препусти интерним актима судова и јавног тужилаштва (пословници, правилници), може се догодити да овај појам буде различито дефинисан, што би се морало избећи.

Одредбом чл. 446. ст. 3. ЗКП-а, већу се дозвољава да одржи претрес, само у односу на поједине делове првостепене пресуде, ако се они могу издвојити без штете за правилно пресуђење, што свакако доприноси ефикасности другостепеног поступка. Ипак, није јасно, да ли одлуку о жалби у односу на делове пресуде, за које није одређен претрес, веће доноси на посебној седници, или је може донети и на седници за већање и гласање, након одржаног претреса, при чему треба имати у виду и ново решење да, када веће одлучи да одржи претрес, судија известилац постаје и председник већа. Законодавац је очигледно посегао за оваквим решењем из разлога практичне природе, али се може појавити проблем управо у ситуацијама из става 3, када се претрес одржава само у односу на поједине делове првостепене пресуде, а у односу

на друге се одлучује на седници већа. Могућа је ситуација да веће одлучи о појединим деловима првостепене пресуде на седници већа, пре него што одлучи да отвори претрес, у односу на друге делове првостепене пресуде, што може изазвати проблеме у руковођењу и председавању, на које ће морати да одговори пракса.

Када странке нису захтевале да буду обавештене о седници већа, а њихово присуство би било корисно за разјашњење главне ствари, могу бити обавештене о седници већа, о чему одлучује веће (ст. 3.). Председник већа више не може самостално донети ову одлуку. Није јасан разлог законодавца да ово овлашћење ускрати председнику већа, пошто се тиме само компликује и успорава поступак, јер се одлука о обавештавању странака о седници већа, када оне то нису тражиле, мора донети на (нејавној) седници већа.

Новина у чл. 447. ст. 4. ЗКП-а је да председник већа више нема обавезу да обезбеди присуство оптуженог који се налази у притвору или на издржавању кривичне санкције, која се састоји у лишењу слободе, уколико оптужени има браниоца, а веће оцени да његово присуство није неопходно за разјашњење ствари.

Ново решење је да, у случају када странке и бранилац присуствују седници већа, судија известилац излаже само садржину пресуде, а странке, односно бранилац, износе наводе жалбе и одговора на жалбу. Ово ће поступак учинити доста ефикаснијим, јер ће се избећи дуплирање изношења навода жалбе и одговора на жалбу. Према ранијој пракси, судија известилац је детаљно излагао садржину жалби и одговора на жалбу, а потом би странке поново образлагале наводе жалбе и одговора на жалбу, што је доводило до непотребног понављања, због чега се губило доста времена.

Одредба чл. 448. ст. 2. ЗКП-а делује неусклађено са новим решењем из ст. 1. Готово је преписана одредба чл. 375 ст. 3. ЗКП-а из 2002. године. Странке тако могу додатно објаснити своје ставове из жалбе, односно одговора на жалбу, не понављајући оно што је садржано у извештају, што је потпуно непотребно, с обзиром да странке и бранилац непосредно износе наводе жалбе и одговора на жалбу.

Јавни тужилац на седници већа може да предложи да се извештај судије известиоца допуни читањем појединих делова списка. Он даје усмено објашњење жалбе нижег јавног тужиоца и образлаже свој предлог, у односу на жалбу изјављену у корист оптуженог. О разлозима евентуалног одустанка од жалбе, другостепени јавни тужилац треба да обавести нижег јавног тужиоца.

Погрешно, или непотпуно утврђено чињенично стање, другостепени суд може исправити само извођењем нових или понављањем ранијих доказа на претресу. Другостепени суд не може на седници већа, на основу друкчије оцене мењати чињенично стање и преиначити пресуду. Претрес у другом степе-

ну није и не сме бити понављање првостепеног главног претреса, а претресање се ограничава само на спорне моменте.

Новину у чл. 450 ст. 2. ЗКП-а представља и позивање стручног саветника. Ово произлази из нове, адверзијалне концепције кривичног поступка, коју ЗКП уводи и представља усклађивање са одредбама чл. 125. ЗКП-а.

Најкрупнија измена у чл. 450. ЗКП-а је ст. 3. и 4, јер више није обавезно присуство окривљеног на претресу. Тако се у ст. 3. дозвољава одржавање претреса и уколико уредно позвани оптужени није присутан на главном претресу, а свој изостанак није оправдао. У том случају, мора му бити постављен бранилац, сходно одредбама чл. 74. тач. 9. ЗКП-а.

Ст. 4. овог члана уводи још једну могућност да се претрес одржи и без присуства оптуженог и то када веће нађе да је обезбеђење присуства оптуженог отежано из безбедносних или других разлога и када је, с обзиром на техничке услове, могуће да оптужени учествује на претресу путем техничких средстава за пренос звука и слике. Појмове „безбедносни, или други разлози” треба веома рестриктивно тумачити, како се ова изузетна могућност у пракси, не би претворила у правило.

Одредбе о главном претресу пред првостепеним судом, сходно ће се примењивати и у претресу пред другостепеним судом, ако ЗКП-ом није другачије одређено.

Када веће одлучи да одржи претрес пред другостепеним судом, према одредби чл. 446. ст. 3. ЗКП-а, судија известилац постаје председник већа, па претрес почиње његовим извештајем. Оптужница се не чита, јер је у питању претрес о жалби, а не главни претрес. Предмет претресања није оптужни акт, већ бијана пресуда.

Новина у чл. 450. ст. 2. ЗКП-а је „узимање изјава од странака”. Закон не даје никакве ближе смернице у погледу ових изјава. С обзиром на природу претреса пред другостепеним судом, као и да то није главни претрес, ове изјаве би се требале односити на изјашњење да ли се остаје код жалбених навода и предлога, као и изјашњење о жалбеним наводима и предлозима друге стране.

На претресу се не могу истицати нови жалбени разлози, а не треба дозволити ни да странке понављају оно што је већ наведено у извештају, али странке и бранилац могу износити чињенице и предлагати доказе које су навели у жалби или су са њима у вези. Иако се више изричито не наводи да оптужени и његов бранилац увек имају последњу реч, ово се правило мора поштовати, јер произлази из одредбе чл. 450. ст. 6, којом се прописује сходна примена одредаба о главном претресу пред првостепеним судом.

Овлашћени тужилац на претресу може изменити оптужницу, али само у корист оптуженог. Тужилац може и у целини или делимично, одустати од оптужбе, а новина је да се за одустанак од оптужбе захтева и сагласност оптуженог. У том случају, оштећени има могућност преузимања гоњења, у складу са одредбама чл. 52. ЗКП-а.

1.5. Границе испитивања првостепене пресуде

Најрадикалнија новина у другостепеном поступку коју ЗКП уводи је смањено овлашћење другостепеног суда да испитује пресуду по службеној дужности, па се првостепена пресуда, по правилу, испитује само у оквиру жалбених навода.

У другостепеном поступку се, по службеној дужности, испитује само одлука о кривичној санкцији и то једино ако је жалба изјављена у корист оптуженог. Ово решење би за последицу могло имати неправичан исход поступка за оптуженог, поготово ако оптужени није имао браниоца. Суд није овлашћен да по службеној дужности пази на повреде кривичног закона и битне повреде одредаба кривичног поступка. Посебан проблем се појављује код наступања апсолутне застарелости, или уколико се кривични закон промени у корист окривљеног, у периоду од изјављивања жалбе до одлучивања о жалби, тако да се жалбом и није могло указивати на ове околности. Врховни касациони суд је на седници кривичног одељења заузео став да је реч о правној празнини, те да се „питање апсолутне застарелости кривичног гоњења може испитивати по службеној дужности, само уколико је до исте дошло након истека рока за жалбу, до доношења другостепене одлуке, а на основу овлашћења из одредбе чл. 459. ст. 1. реченица друга, у вези са чл. 451. ст. 2, или 3. ЗКП-а, у зависности од тога, ко је уложио жалбу. По истом основу, другостепени суд је овлашћен да испитује и повреде закона уколико је, након истека рока за жалбу, а до доношења другостепене одлуке, кривични закон промењен у толико што је дошло до декриминације кривичног дела (повреда члана 439 тач. 1 ЗКП) или га треба применити као блажег (повреда члана 439 тач. 2 ЗКП у вези члана 5 КЗ), а услед чега је наступила застарелост кривичног гоњења.” (Одговори Кривичног одељења Врховног касационог суда на спорна правна питања нижестепених судова са седнице одржане 2.12. и 4.12.2013. године).

Како се у овом случају очигледно ради о правној празнини, на жалост једној од многих у ЗКП-у, то је судска пракса ради превазилажења овог практичног проблема прибегла тумачењу правних норми. Овом приликом се нећемо упуштати у оцену, да ли у чл. 459. ст. 1. и чл. 451. ст. 2. и 3. ЗКП-а има основа за став да суд може по службеној дужности реаговати у овој процесној ситуацији, а имајући у виду обим испитивања првостепене пресуде прописан у чл. 451. ЗКП-а.

Стога је нужно *de lege ferenda* прописати могућност суда да по службеној дужности, а поводом жалби реагује на повреду закона до којих је дошло након истека рока за жалбу. Дакле, треба проширити обим испитивања пресуде по службеној дужности, али само на повреду закона, које су настале након истека рока за жалбу.

Ако је на главном претресу учествовао судија или судија-поротник, који се морао изузети, на ову битну повреду одредаба кривичног поступка се може позивати у жалби, само ако се то није могло изнети на главном претресу или се изнело, али првостепени суд то није узео у обзир (чл. 452. ЗКП-а). Исто решење је постојало и раније, како жалилац не би могао да чува овај разлог, како би га употребио у случају, за њега неповољне пресуде. Због тога се мора учинити вероватним да на ову повреду није било могуће указати раније.

Начело забране *reformatio in peius* (чл. 453.) је општеприхваћен институт у кривичном процесном праву. Усвојен је из разлога правичности, јер оно што је установљено у корист оптуженог, не може се претворити у нешто на његову штету. Свест да од своје жалбе не може имати штету, оптуженом пружа слободу да изјави жалбу када то жели. У супротном, оптужени би могао да не изјави жалбу, из страха да не погорша свој положај. То је идентично регулисано као и у одредби члана 382. ЗКП-а из 2002. године.

Одредба чл. 454. ЗКП-а (привилегија здруживања) је у потпуности преузета из одредбе чл. 383. ЗКП-а из 2002. године. Њоме треба да се спречи да се са оптуженима по истој правној ствари, који одговарају у истом поступку и чија је правна ситуација иста, различито поступа у другостепеном поступку. Жалба не мора бити изјављена само од саоптуженог, а не мора бити изјављена ни у корист оптуженог.

1.6. Одлуке другостепеног суда

Одредбама чл. 455. ЗКП-а одређене су одлуке које другостепени суд може донети када одлучује о жалби (жалбама) на пресуду. Суштински нема разлике у односу на чл. 385. претходног ЗКП-а. Извршена је правно-техничка корекција, па је одређено да се пресуда укида или преиначава, када се жалба усваја. Нови израз „усвојити жалбу” се суштински не разликује од општеприхваћеног израза „уважење жалбе” у досадашњој пракси.

Ако је првостепена пресуда већ била укидана, другостепени суд је дужан да сам пресуди. Да ли ће то учинити на седници већа или на претресу, зависи од жалбених основа.

Новина је и да се о свим жалбама на пресуду, као и о свим деловима пресуде, по правилу, одлучује једном одлуком. Уношењем речи „по правилу”, допуштени су и изузеци, дакле могућност да се о свим жалбама и не одлучи увек једном одлуком. Посебан проблем може бити, што ЗКП (формулацијом

„по правилу”) допушта и изузетке, али их не наводи, па ће те изузетке морати да утврди пракса.

Чл. 455. ст.3. ЗКП-а, који се односи на одлучивање о жалби, прописано је да другостепени суд о свим жалбама против исте пресуде одлучује, по правилу, једном одлуком. За разлику од претходног решења, када се одлучивало само једном одлуком, а у случају да је то пропуштено, односно није одлучено по свим жалбама, оваква процесна ситуација се решавала путем захтева за заштиту законитости, укидања другостепене одлуке и враћања на доношење једне одлуке по свим жалбама, сада законик дозвољава могућност да се о жалбама против исте пресуде одлучи са више одлука. До овога је дошло због формулације „по правилу”.

Последица оваквог законског решења је појава дилеме у судској пракси, шта радити у ситуацији када се нова другостепена пресуда разликује од прве? Основано се поставља питање, да ли другостепени суд може ставити ван снаге прву другостепену пресуду и поново одлучити о свим жалбама? Судска пракса је на становишту да се новом другостепеном пресудом може ставити ван снаге прва другостепена пресуда и одлучити по свим жалбама. Да ли је овај став правилан, с обзиром на ригидност правних норми, поготово кривичнопроцесних (стављање ван снаге пресуде се наводи код понављања поступка, а не и у жалбеном поступку), је за ширу дискусију. Ипак, до измене Законика о кривичном поступку, ово је једини могући адекватан одговор судске праксе.

Сматрамо да овом питању треба посветити дужну пажњу у наредном периоду, конкретно изменити одредбу чл. 455. ст. 3. ЗКП-а и прецизно уредити поступање суда у напред описаној процесној ситуацији, у односу на прву другостепену пресуду.

Новина у чл. 456. ЗКП-а је да се решењем, осим неблагоприятне и недозвољене, одбацује и неуредна жалба. У погледу неблагоприятне и недозвољене жалбе, нема разлике у односу на раније решење, па не треба очекивати проблеме и спорна питања у практичном поступању.

Проблем се може појавити код неуредне жалбе. Законодавац очигледно претпоставља да је у погледу неуредне жалбе оптуженог, који нема браниоца или оштећеног који нема пуномоћника, првостепени суд поступио сходно одредби чл. 436. став 1, а не предвиђа решење ситуације када првостепени суд није поступио по наведеној одредби. За такву ситуацију решење треба да понуди пракса, а исправно би било да онда другостепени суд, пре него што одбаца жалбу, поступи сходно чл. 436. став 1, дакле, да наложи жалиоцу да у року од три дана уреди жалбу или да је допуни писменим поднеском.

Другостепени суд ће жалбу одбити као неосновану, када нађе да жалбени наводи не стоје или стоје, али немају значај који ЗКП тражи и који му жалилац даје (чл. 457. ЗКП-а). Новина је да другостепени суд више не испитује

по службеној дужности постојање апсолутно битних повреда одредаба кривичног поступка и повреде кривичног закона учињене на штету оптуженог. Установљена је обавеза другостепеног суда да по службеној дужности испита одлуку о кривичној санкцији, без обзира на основ изјављивања жалби, а поводом жалбе тужиоца и када је иста изјављена на штету окривљеног.

Другостепени суд ће решењем усвојити жалбу, укинути првостепену пресуду и вратити предмет на ново суђење, када је побијана пресуда захваћена битним повредама одредаба кривичног поступка из чл. 438. ст. 1. тачака 2, 3, 4, 5, 6, 8. и 11. и ст. 2, као и када сматра, да је чињенично стање погрешно или непотпуно утврђено (чл. 458 ЗКП-а). Новина је да се пресуда више не може укинути услед испитивања пресуде по службеној дужности, односно ван жалбених навода. Ако другостепени суд укида пресуду због битних повреда одредаба кривичног поступка, мора у образложењу навести које су одредбе поврећене и у чему се повреда састоји, а ако пресуду укида по чињеничном основу, мора навести у чему се састоје недостаци у утврђивању чињеничног стања, зашто су нови докази и чињенице важни и од утицаја на правилност одлуке.

Другостепени суд ће наредити да се нови главни претрес одржи пред измењеним већем, ако је првостепено веће учинило грубе повреде кривичног поступка, или ако се више залагало за решавање у одређеном правцу, него што би било оправдано, итд. За такву одлуку се не даје образложење, али се предмет не може упутити другом ненадлежном суду.

Првостепена пресуда се може делимично укинути зато што је у жалби делимично побијана или зато што је жалба делимично успела.

Првостепени суд не контролише трајање притвора док се предмет налази пред другостепеним судом. Другостепени суд доноси одлуку о притвору приликом укидања првостепене пресуде и враћања предмета на поновно суђење. Другостепени суд је зато у притворским предметима дужан да донесе одлуку о жалби, у року од три месеца, од дана кад је судија известилац примио списе са предлогом јавног тужиоца. У нарочито сложеним предметима, овај рок се може продужити за још тридесет дана.

Другостепени суд донеће пресуду којом усваја жалбу (чл. 459. ЗКП-а) и преиначава првостепену пресуду, ако, с обзиром на утврђено чињенично стање, правилном применом закона треба донети друкчију пресуду, као и у случају битних повреда одредаба кривичног поступка из чл. 438. ст. 1 тачака 1, 7, 9. и 10. Другостепени суд доноси пресуду, с обзиром на утврђено чињенично стање. Уколико је потребно да се због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања изведу или понове докази који су већ изведени, или које је првостепени суд одбио, другостепени суд мора укинути пресуду или отворити претрес, сходно одредбама чл. 449. Другостепена пресуда којом се мења чињенично стање, може се донети само на претресу пред другостепеним судом.

Другостепени суд мора, у складу са својом одлуком о преиначењу, донети и одговарајућу одлуку о продужењу или укидању притвора.

Другостепена пресуда не треба да понавља изреку првостепене пресуде која се потврђује, али и тада треба да садржи сопствене разлоге. У диспозитиву решења о укидању првостепене пресуде, мора се означити који се делови пресуде укидају, ако се пресуда не укида у целини. Жалбени разлози не морају да се наводе у другостепеној одлуци, већ је довољно да се на њих одговори. Другостепени суд је дужан да води рачуна о наводима жалбе и одговора на жалбу, као и да да разлоге због чега их не прихвата, али није дужан да дискутује поједине жалбене разлоге, нити да одговара на уопштене наводе.

Када укида првостепену пресуду, другостепени суд не може да да коначну оцену доказа, али може да изрази сумњу у оцену доказа коју је дао првостепени суд, да упозори на пропусте првостепеног суда приликом оцене доказа и да упути првостепени суд да поново оцени доказе.

У поступак враћања списа првостепеном суду (чл. 461. ЗКП-а), уведене су две, наизглед, значајне новине и то у погледу рока, у којем другостепени суд треба да одлучи о жалби и врати списе првостепеном суду. Међутим, како се ради о инструктивном року, који није праћен никаквим санкцијама, тешко да се ове новине могу назвати значајним.

Почетак рока се више не рачуна од дана када је другостепени суд примио списе, већ од дана када је судија известилац примио списе са предлогом (другостепеног) јавног тужиоца. Дакле, списи се све време трајања рока налазе у другостепеном суду, односно код судије известиоца, па их нико „са стране” не може задржавати и на тај начин опструисати поступак.

Друга новина је повећавање рока у нарочито сложеним предметима и то за највише 60 дана, а ако је оптужени у притвору, за највише 30 дана, што је добро решење, али се отвара питање садржаја појма „нарочито сложени предмети”, о чему је напред било речи.

Одредбе о новом главном претресу пред првостепеним судом су у потпуности преузете из одредбе чл. 394. ЗКП-а из 2002. године, без било каквих новина.

Главни претрес се понавља у оном делу у којем се поново суди, а то је самостални главни претрес, али са одређеним ограничењима – на њему се не може расправљати о питању надлежности, ако га је расправио другостепени суд, као ни о деловима пресуде који су потврђени. Нова првостепена пресуда не може бити неповољнија за оптуженог, ако је до укидања пресуде дошло само по жалби изјављеној у корист оптуженог (забрана *reformatio in peius*), уколико оптужба не буде проширена на нова кривична дела и морају се обавезно спровести све процесне радње и расправити сва питања на која је указао другостепени суд, у свом решењу којим укида првостепену пресуду.

2. Жалба против другостепене пресуде

Изузетно, жалба се може изјавити и против пресуде другостепеног суда и то у само једном случају – ако је другостепени суд преиначио ослобађајућу првостепену пресуду и оптуженог огласио кривим. Како ослобађајућа пресуда може бити преиначена у осуђујућу, само по жалби тужиоца, логично је да такву другостепену пресуду побија оптужени, али може и тужилац. Јавни тужилац би у овој ситуацији требало да изјави жалбу у случајевима повреде кривичног закона, али и у случајевима када кривична санкција није правилно одмерена. За изјављивање жалбе против другостепене пресуде овлашћен је јавни тужилац који је поступио у првом степену, а жалба се подноси првостепеном суду. Другостепени јавни тужилац, уколико сматра да против другостепене пресуде треба изјавити жалбу, може на то указати првостепеном јавном тужиоцу, уз навођење разлога за жалбу.

Одредба чл. 463. ЗКП-а није потпуна и захтева допуну, из разлога што уопште не уређује питање да ли је дозвољена жалба против другостепене пресуде, којом је окривљени оглашен кривим, поводом жалбе на одбијајућу пресуду. Уколико стриктно тумачимо ову одредбу, произлази да окривљени нема право жалбе на одлуку којом је оглашен кривим, а против исте не би могао подићи захтев за заштиту законитости, јер није користио редован правни лек. Уочавајући ову правну празнину, правилно је интервенисао Врховни касациони суд, тако што је заузео став да у оваквој процесној ситуацији окривљени има право жалбе, односно да је „дозвољена жалба и када другостепени суд преиначи пресуду, којом се оптужба одбија и изрекне пресуду којом се окривљени оглашава кривим”.

О жалби против другостепене пресуде одлучује Апелациони суд, на седници већа или на претресу, сходном применом одредаба које важе за другостепени поступак. Претрес ће се одржати и у поступку по жалби против другостепене пресуде, ако је потребно да се због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања изведу нови докази, или понове докази који су изведени или одбијени, а постоје оправдани разлози да се предмет не врати првостепеном суду на поновни главни претрес.

Привилегија здруживања се примењује и у поступку по жалби против другостепене пресуде.

3. Жалба против решења

У току кривичног поступка, али и пре његовог почетка, као и после његовог окончања, суд и други органи поступка (зависно од фазе поступка), су у прилици да доносе решења којима одлучују о управљању поступком, о току поступка и о многим другим питањима. О управљању поступком се одлучује и наредбама, али жалба на наредбу не постоји. Заинтересовано лице може да приговори наредби, а орган који ју је донео, може је у свако доба изменити, пошто се њоме ништа не решава, већ само управља поступком.

Постоји и решење којим се одлучује мериторно и то је решење о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења (чл. 526.).

У погледу дозвољености изјављивања жалбе против решења, новина је да се сада дозвољава изузетак од правила да против решења другостепеног суда жалба није дозвољена. Изузетак постоји, само ако је овим закоником жалба изричито дозвољена, а апсурдно је то, да такву ситуацију Законик не познаје. Могућа је ситуација, када апелациони суд поступа у првом степену (продужење притвора, у смислу чл. 215. ст. 2.), али то онда није жалба против решења другостепеног суда, већ против првостепеног решења, без обзира што га је донео апелациони суд.

У чл. 466. ст. 2. ЗКП-а је установљен општи рок за изјављивање жалбе против решења, од три дана и суспензивно дејство жалбе против решења, као правило, Међутим, изузеци постоје, нарочито од правила да жалба одлаже извршење и они су многобројни, зато што се нека решења могу са успехом извршити, само одмах по саопштењу, односно достављању, на пример, решење о одређивању притвора.

При одлучивању о жалби против решења, суд се креће искључиво у границама жалбе.

Под жалбом против решења првостепеног суда, подразумева се и жалба против решења председника већа првостепеног суда или председника суда, када ови имају овлашћења да доносе решење.

По жалби, првостепено решење може бити укинута или преиначено. Приликом укидања, предмет се неће слати на поновно одлучивање, ако после одлучивања није потребно доношење даљег решења. Побујано решење ће се укинути онда када суд, који одлучује о жалби, не може донети друкчије решење (јер није све испитано), као и онда када по правилној примени закона није ни потребно доносити првостепено решење (на пример, у побујаном решењу, жалба против пресуде погрешно одбачена као неблаговремена, о благовремености жалбе не доноси се решење). Када се жалба одбија као неоснована, решење се не потврђује.

ЗКП није прописао општу одредбу о надлежности за одлучивање о жалбама против решења јавног тужиоца, али из концепције ЗКП-а произлази надлежност судије за претходни поступак, јер је циљ законодавца био да контролу јавно-тужилачких одлука у истрази врши судија за претходни поступак. Одредбом чл. 467. ст. 5. ЗКП-а, прописано је да се почетак рока од 30 дана за одлучивање у жалби и враћање списка органу поступка који је донео решење, рачуна од дана када је суд који одлучује о жалби примио списе са предлогом јавног тужиоца. Међутим, у чл. 468. ЗКП-а су изричито наведене одредбе о поступку по жалби против пресуде, које ће се сходно примењивати на поступак по жалби против решења. Једина новина је да нема сходне примене одредбе чл. 445. ст. 3. (већ само ставова 1. и 2.), тако да се списи, у поступку по жалби на решење и не достављају јавном тужиоцу, па јавни тужилац и не даје предлог, нити може да их врати, па је одредба чл. 467. потпуно непримењива. Друга новина је да се међу овим одредбама сада налазе и одредбе о основима, по којима се пресуда може побијати (чл. 437-442.). То значи да се решења могу побијати по истим основима, по којима се побија и пресуда, без обзира на веома различиту садржину решења која се доносе у кривичном поступку.

Одредбе чл. 465-468, дате су тако да се односе на сва решења, па одредба члана 469, само потврђује да се исте одредбе односе, како на решења донета у општем поступку, тако и на решења у посебним поступцима. Када се у посебним поступцима регулишу и нека питања жалбе, одредбе чл. 465-468, би се сходно примењивале у погледу осталог.

Анализом одредби којима се уређује поступак по жалби на решења, као и осталих одредби ЗКП-а, које се односе на решења, јасно се уочава да су то најбројније судске одлуке које се међусобно разликују, како са аспекта предмета о којем се одлучује, дозвољености жалбе, основа изјављивања жалбе, па до суспензивности и деволутивности жалбе и др.

Међутим, без обзира што одлучивање по жалбама на решења има велики утицај на дужину трајања кривичног поступка, поготово укидање и враћање на поновно одлучивање, законодавац није детаљније уредио ову материју, како би повећао ефикасност кривичног поступка.

Наиме, треба имати у виду да се решења у кривичном поступку не доносе на основу непосредног, јавног и контрадикторног извођења доказа, већ се на основу садржаја списка предмета утврђују и вреднују чињенице од значаја за примену права. Све ово указује да другостепени суд може другачије оценити чињенице, извести другачије закључке о одлучним чињеницама, те мериторно одлучити по жалби и дати своје образложење решења.

Дакле, како другостепени суд може другачије вредновати чињенично стање у односу на првостепени суд, онда има места смањењу броја укинутих решења на најмању могућу меру, због тога што је првостепени суд неке чињенице погрешно утврдио.

При томе, треба правити разлику да ли се ради о решењу којим се одлучује о главној ствари (обустава кривичног поступка, одбијање оптужног предлог и сл.), са аспекта могућности укидања основа изјављивања жалбе и других врста решења.

Дакле, овде се ради о начелним запажањима и размишљањима која захтевају детаљнију разраду и наравно, суд стручне јавности.

Сматрамо да се далеко већа пажња мора посветити уређењу ове материје, с обзиром на специфичности, јер примена у начелу одредби које се односе на поступак по жалби против пресуде, у многим ситуацијама није могућа, а све како би се избегла пракса укидања решења због чињеничних и правних питања, и тиме скратила дужина трајања кривичног поступка.

ОБАВЕЗА УСКЛАЂИВАЊА СА ПРАВНИМ ТЕКОВИНАМА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

1. Уводне напомене

Дискусија о реформи кривичног поступка у Србији усмерена је на утврђивање недостатака важећег Законика о кривичном поступку и потребе да се он измени, како би се олакшала његова примена у пракси, отклониле недоумице и неусклађеност са другим прописима и Уставом. Уколико расправљамо о измени Законика, неопходно је да се разматрају и измене које произлазе из обавеза Републике Србије, у процесу приступања Европској унији.

Република Србија је у оквиру преговора о приступању Европској унији, у обавези да усклади свој правни поредак с правним тековинама Европске уније (*acquis communautaire*), укључујући и област кривичног права. Иако не постоји јединствен систем кривичног права Европске уније, правне тековине ЕУ садрже бројне прописе и механизме, којима се у битној мери одређује садржај кривичноправних система држава чланца.

Механизми утицаја на национално кривично право настали су још у Европској заједници, али нормативни развој кривичноправних тековина започео је Уговором из Мастрихта, а ушао је у завршну фазу ступањем на снагу Уговора из Лисабона 1. децембра 2009. године, којим се део кривичноправних надлежности преноси на наднационална тела ЕУ.

Најзначајнију промену представља укидање тројне структуре и поделе између првог и трећег стуба, што има за последицу да је Европска унија дошла наднационална законодавна овлашћења, у области кривичног права и

поступка, а добијен је и правни основ за успостављање наднационалног тела кривичног прогона – Европског јавног тужиоца.¹⁶²

Када су у питању кривичноправни системи држава чланица, новина које доноси Лисабонски уговор јесте стварање правних претпоставки у примарним изворима права ЕУ за оснивање Канцеларије европског јавног тужиоца. Ради се о првом европском органу кривичног гоњења, који ће имати кривичнопроцесна овлашћења на читавој територији Европске уније.

У процесу проширења Европске уније на исток, Унија се суочила са ситуацијом да државе које су у транзицији, са другачијом економском, социјалном и политичком ситуацијом, желе да постану чланице Уније. Како би одговорила на овај изазов, Европска унија је развила приступ који је био знатно шири од захтева да се само национално законодавство усагласи с прописима ЕУ. Европски савет је усвојио 1993. године, тзв. критеријуме из Копенхагена, који су, између осталог, предвиђали институционалну стабилност која гарантује демократију, владавину права, људска права и заштиту мањина, као и постојање функционалне тржишне привреде. Услови усвојени у Копенхагену постепено су допуњавани и развијани. Тако је на Европском савету у Мадриду, одржаном 1995. године, у закључцима јасно наведено да није довољна само политичка посвећеност да се прихвате правне тековине ЕУ, већ државе кандидати морају да прилагоде своје управне структуре, како би гарантовале делотворну примену прописа ЕУ.

Критеријуми за приступање постојали су паралелно са посебним захтевима да се током придруживања усагласе домаћи прописи с правним тековинама ЕУ, у кривичним стварима. Наведени захтеви користе се приликом процене држава кандидата, али и нових држава чланица, како би се утврдио напредак у остварењу стандарда ЕУ. Такође, усаглашавање права држава кандидата са појединим аспектима кривичног права ЕУ, као што су мере против прања новаца, захтевано је у ранијим фазама придруживања и пре преговора о поглављима, која се односе на правосуђе и унутрашње послове. Овакви захтеви правдани су потребом да се оствари интеграција унутрашњег тржишта.¹⁶³

Правне тековине Европске уније подељене су у 35 поглавља, а преговори о чланству су процес током којег ће Србија ускладити свој правни и институционални оквир у наведеним сегментима. Материја кривичног права покривена је у два преговарачка поглавља: 23 – „Правосуђе и основна права”, и 24 – „Правда, слобода и безбедност”. Примена правних тековина ЕУ у овој области, представља захтев у процесу преговора о придруживању и добила је централну улогу у проширењу 2004, 2007. и 2013. године, а сарадња у кривичним стварима редовно се захтева од суседних држава ЕУ.

162 Д. Симовић, С. Југовић, Д. Аврамовић, „Комунитаризовање трећег стуба Европске уније”, *Зборник радова са научно-стручног скупа Тара*, Криминалистичко-полицијска академија, 2010, стр. 333–340.

163 European Commission, White Paper – Preparation of the Associated Countries of Central and Eastern Europe for integration into the internal market of the Union, COM (95) 163 final.

На самиту Европског савета 28. јуна 2013. године, донета је одлука о отварању преговора о чланству Србије у Европској унији. Процес преговора захтеваће да Србија испуни највише стандарде у области правосуђа и основних права, правде, слободе и безбедности.

Правне тековине Европске уније у области кривичног процесног права развијале су се од класичне правосудне сарадње, до инструмената узајамног признања, чији је циљ олакшавање сарадње између држава чланица. Развој инструмената узајамног признања, утицао је на настанак аутономних правила ЕУ, којима се уређују положај окривљеног и положај жртве у кривичном поступку, као и на утврђивање правних начела, као што су *ne bis in idem* и забрана ретроактивног дејства кривичних прописа.¹⁶⁴ Приступањем Европској унији, Србија ће постати део простора слободе, безбедности и правде, у којем одлуке правосудних органа држава чланица, слободно циркулишу између правосудних тела и извршавају се без великих формалности.

Из наведеног се може закључити да ће област међународне правне помоћи у кривичним стварима, претрпети највеће промене. Поред међународне правне помоћи, значајне области у којима је потребно спровести усаглашавање, јесу и права окривљеног и заштита жртве у кривичном поступку.

2. Положај окривљеног

Европска унија је релативно нови актер у области заштите процесних права.¹⁶⁵ Заштита људских права и права на правично суђење, традиционално је била предмет заштите Савета Европе, кроз Европску конвенцију о људским правима и праксу Европског суда за људска права. Међутим, усвајањем инструмената узајамног признања у области кривичног права, који се заснивају на узајамном поверењу, као што је случај са европским налогом за хапшење, јавила се потреба за успостављањем заједничких стандарда заштите права осумњичених и окривљених, како се не би доводила у питање примена ових механизма.

Право на ефикасан лек, право на правично суђење, претпоставка невиности и право на одбрану, утврђени су и гарантовани Повељом о основним правима Европске уније у чл. 47. и 48. Наведена права имају исти смисао и домашај примене, као права гарантована чланом 6. став 3. Европске конвенције о људским правима.

Право на приступ адвокату и право на обавештавање о притвору представљају формалне гаранције за превенцију злостављања и тако штите од могућег кр-

164 М. Шкулић, „Зачеци европског кривичног процесног права”, у: Б. Кошутић (ред.) *et al.* *Зборник Школе права Европске уније*, Бар, 2011, Факултет правних наука Универзитета Доња Горлица, Подгорица, 2012, стр. 73–87.

165 Е. Сапе, Z. Namoradze, R. Smith, T. Spronken, *Effective criminal defence in Europe*, стр. 8.

шења чл. 3. Европске конвенције о људским правима (забрана злостављања). Право на обавештење о притвору промовише право на поштовање приватног и породичног живота, из чл. 8. Европске конвенције о људским правима. Бечка конвенција о конзуларним односима (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, број 5/66) из 1963. године, предвиђа у чл. 36, да приликом хапшења или притвора, страни држављанин има право да тражи да конзулат његове државе буде обавештен о томе и да га посети званичник конзулата. Постојање ових заједничких начела, показало се недовољним у остваривању потребног нивоа узајамног поверења између држава чланица, које је неопходно за несметано функционисање области слободе, безбедности и правде.¹⁶⁶ И поред заједничких начела и даље постоје различита правила и праксе у државама чланицама ЕУ, што води ка недостацима у начину на који се ова права примењују.¹⁶⁷

Недостатак поверења правосудних власти у државама чланицама, утиче на њихову међусобну сарадњу у кривичним стварима и представља препреку узајмном признању пресуда и судских одлука у овој области.¹⁶⁸ Након усвајања Закључака из Тампереа 1999. године, државе чланице су се сложили да ће узајамно признање бити камен темељац правосудне сарадње, односно да ће правосудна одлука, донета у једној држави чланици, имати једнаку правну снагу у свим државама чланицама, као да је у њима донета, као и да ће бити извршена било где у ЕУ.

Стокхолмски програм за период 2010–2014. године, поново указује на значај правосудне сарадње. Посебно наглашава значај права осумњичених и окривљених лица у кривичном поступку. Указује на неопходност испитивања минималних процесних права осумњичених и окривљених лица, што је у складу са основним вредностима Уније.¹⁶⁹

Уговор из Лисабона наводи да би начело узајамног признања пресуда и судских одлука, требало да буде праћено минималним правилима о процесним правима. Како би унапредио међусобно поверење и побољшао функционисање узајамног признања, Савет је у новембру 2009. године, усвојио Мапу пута 2009/Ц 295/01, о процесним правима и утврдио мере које је потребно предузети, како би се заштитила права осумњичених и окривљених лица. У Мапи пута, Савет је позвао Комисију да припреми предлог мера за утврђивање минималних правила за правично суђење у Европској унији, а свака мера ће се односити на друго процесно право, или на групу права осумњичених и окривљених лица. Такође је предложио Комисији

166 Commission staff working document – Impact assessment accompanying Directive of the European Parliament and of the Council on the rights to access to a lawyer and of notification of custody to a third person in criminal proceedings, SEC(2011) 686 final.

167 R. Lööf, „Shooting from the hip: Proposed minimum rights in criminal proceedings throughout the EU”, *European Law Journal*, Vol. 12, No. 3, 2006, стр. 422–430.

168 *Study Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union*, Institute for European Studies, Université Libre de Bruxelles, 2008, http://ec.europa.eu/justice/criminal/files/mutual_recognition_en.pdf

169 M. Jimeno-Bulnes, *Towards Common Standards on Rights of Suspected and Accused Persons in Criminal Proceedings in the EU?* CEPS, 2010.

да се мере састоје од обавезујућих прописа, који би се примењивали на сваког осумњиченог у кривичном поступку, у свим државама чланицама, чиме би се штитили, како грађани ЕУ, тако и грађани трећих земаља, у свим предметима који укључују прекограничну сарадњу. Мапа пута је предвиђала следеће мере, којима ће се штитити осумњичени и окривљени у ЕУ: превођење и тумачење,¹⁷⁰ обавештавање о правима и право да се буде обавештен о оптужби, Зелена књига о притвору, приступ адвокату и обавештење о притвору,¹⁷¹ правна помоћ.

Поступајући у складу с Мапом пута, 2010. године, усвојено је Упутство 2010/64/ЕУ о превођењу и тумачењу, 2012. године, Упутство 2013/13/ЕУ о праву на информисање у кривичном поступку и 2013. године, Упутство о 2013/48/ЕУ о праву на приступ адвокату у кривичном поступку и у поступку по европском налогу за хапшење и праву да треће лице буде обавештено о лишавању слободе, као и праву комуницирања с трећим лицем и конзуларним властима у случају лишења слободе. Упутством о превођењу и тумачењу, успостављају се минимална правила о праву на тумачење и превођење, током кривичног поступка.¹⁷² Предвиђено је доношење новог акта, који ће се односити на претпоставку невиности, правну помоћ и посебне гаранције за осетљиве осумњичене и окривљене.

Право осумњиченог или окривљеног на приступ адвокату у кривичном поступку, у најкраћем року од почетка поступка, представља основну гаранцију права на правично суђење и права на одбрану у кривичном поступку.¹⁷³

Најзначајније измене требало би да претрпи Законик о кривичном поступку, како би се права осумњиченог, односно окривљеног, усагласила са процесним гаранцијама усвојеним на нивоу ЕУ.

Законик о кривичном поступку неопходно је изменити, како би се ускладио са правним тековинама Европске уније, којима се штите права окривљеног и то, право на приступ адвокату и право на превођење. Према Упутству 2013/48/ЕУ, право на приступ адвокату мора бити обезбеђено без одлагања и пре било каквог саслушања. Права уређена Упутством, примењују се на све осумњичене и окривљене који су лишени слободе, без обзира на фазу кривичног поступка и тежину кривичног дела, као и на кривична дела за која се може издати европски налог за хапшење. Према Законнику о кривичном поступку, окривљени има право на браниоца пре првог саслушања, уколико је ухапшен, или уколико се ради о праву на обавезну одбрану утврђену чл. 74. Законика о кривичном поступку. Поред утврђених разлога, одбрана је оба-

170 Упутство 2010/65/ЕУ о праву на преводиоца и тумача у кривичном поступку усвојено је 7. октобра 2010. године.

171 Ова мера требало би да буде усмерена на права малолетника и лица са посебним потребама, као и на оптужене у кривичном поступку.

172 S. Ruggeri (ed.), *Human Rights in European Criminal Law – New Developments in European Legislation and Case law after Lisbon Treaty*, Springer, 2015, стр. 81–135.

173 М. Шкулић, *Кривично процесно право*, стр. 126–128.

везна и ако се поступак води због кривичног дела за које је прописана казна затвора од осам година, или тежа казна и то од првог саслушања, па до правноснажно окончаног кривичног поступка. Овакво решење није у складу с Упутством о праву на приступ адвокату, јер се налог за хапшење издаје за кривична дела за која је, према праву државе издавања, прописана казна затвора у трајању од најмање 12 месеци, или је изречена казна затвора у трајању од четири месеца или више, а која су кажњива и према праву државе извршења, без обзира на прописани законски минимум. Из наведеног решења произлази да би се Закоником о кривичном поступку требало обезбедити право на приступ браниоцу пре првог саслушања, без обзира на то да ли је окривљени лишен слободе и без обзира на висину запрећене казне затвора. Иако ово решење изгледа оправдано са становишта заштите права окривљених и права на правичан поступак, поставља се питање да ли је могуће издвојити довољно средстава у буџету за ову намену и како то ускладити са буџетним законом о бесплатној правној помоћи.

Према Извештају о скринингу за поглавље 23, у делу који се односи на процесне гаранције, истиче се одредба Законика о кривичном поступку, према којој је могуће одрицање од права на превођење, уколико лице изјави да зна језик на коме се води поступак (члан 11.). Законик о кривичном поступку није у складу са Упутством 2010/64/ЕУ о праву на тумачење и превођење, тако да је потребно изменити и овај члан Законика о кривичном поступку.

Законик о кривичном поступку потребно је изменити, како би био усаглашен са одредбама Упутства 2012/13/ЕУ, о праву на информисање. Упутство у члану 3. предвиђа обавезу држава чланица да осумњичени или оптужени буду поучени о следећим процесним правима, како би могли делотворно да их користе: праву на приступ адвокату, праву на бесплатан правни савет и условима за остваривање таквог права, праву да буде обавештен о делу које му се ставља на терет, праву на превођење и тумачење, и праву да се брани ћутањем.

3. Заштита жртава

Заштита интереса жртава кривичних дела представља једну од кључних функција кривичног правосуђа, која је препозната у међународним документима, усвојеним у оквиру Уједињених нација, Савета Европе и Европске уније.

Заштита жртава неуједначено се развијала у државама Европске уније. Различите праксе развиле су се као одговори на потребу да се заштите жртве у различитим државама. Значајан подстрек развоју права жртава била је европска иницијатива, која се сматра назнаком за експанзију заштите људских права, у оквиру кривичног права Европске уније. Европске иницијативе почеле су да се развијају још 1999. године, на Европском савету у Тампереу, на којем је у тачки 32. Закључка, указано на потребу за успостављање мини-

малних стандарда за заштиту жртава криминала, посебно у погледу приступа правди и компензације за штету, као и увођење националних програма за финансирање подршке и мера заштите.¹⁷⁴

Први корак који је предузела Европска комисија у правцу унапређења права и положаја жртава у кривичном поступку, представља Оквирна одлука 2001/220/ЈХА Савета из 2001. године, о положају жртава у кривичном поступку.¹⁷⁵ Циљ Оквирне одлуке био је да се успостави и гарантује висок ниво заштите за жртве, на читавој територији Европске уније, одредбама које се односе на права жртава током кривичног поступка, као и мерама које се примењују пре и после поступка, за ублажавање последица кривичног дела. Државе чланице биле су обавезне да ускладе своје законодавство са Оквирном одлуком. Оквирном одлуком уведени су стандарди који су се развили на међународном плану, а односе се на основна права жртава, као што су: поштовање и признање (чл. 2.), обавештавање службеника надлежних за доношење одлуке о извршиоцу (чл. 3.), обавештавање и информисање о напретку у предмету (чл. 4.), заштита приватности и физичке безбедности жртве (чл. 8.), компензација од учиниоца и државе извршиоца (чл. 9.), подршка жртвама (чл. 13.) и медијација (чл. 10.). Заједно са Упутством Савета 2004/80/ЕЗ о компензацији за жртве криминала, ово је био први инструмент којим се уводе обавезујућа правила о правном положају жртве у европском правном систему.¹⁷⁶

Према извештајима које је представила Европска комисија 2004. и 2008. године, а у складу са чланом 18. Оквирне одлуке, примена документа била је далеко од задовољавајућег нивоа. Један од разлога за ограничене резултате Оквирне одлуке на постојеће кривично право, јесте тај што државе чланице нису уносиле Оквирну одлуку као јединствени документ у национално законодавство, већ су уносиле измене у постојеће прописе, посебно Законик о кривичном поступку.¹⁷⁷ И поред унетих измена остале су значајне разлике између држава чланица, а било је тешко утврдити да ли су стандарди уведени Оквирном одлуком поштовани у пракси.¹⁷⁸

Како би се унапредила заштита жртава у Европској унији, доноси се Упутство 2012/29/ЕУ о минималним стандардима из 2012. године, чији је циљ да се

174 R. Letschert, C. Rijken, „Rights of victims of crime: Tensions between an integrated approach and a limited legal basis for harmonisation“, *New Journal of European Criminal Law*, Vol. 4, No. 3, 2013, стр. 226–255.

175 Више о међународним стандардима имплементације ресторативне правде у: С. Соковић, „Ресторативна правда – домаће кривично законодавство и међународни стандарди“, у: С. Бејатовић (ур.), *Правни систем Србије и стандарди Европске уније и Савета Европе*, Крагујевац, 2010, стр. 125–139.

176 M. S. Groenhuijsen, A. Pemberton, „The EU Framework Decision for Victims of Crime: Does hard law make a difference?“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol. 17, 2009, стр. 43–59.

177 Report from the Commission on the basis of Article 18 of the Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (COM(2004) 54 final/2 of 16 February 2004); Report from the Commission pursuant to Article 18 of the Council Framework Decision of 15 March 2001 on the standing of victims in criminal proceedings (2001/220/JHA) (COM(2009) 166 final of 20 April 2009); Impact Assessment accompanying the Commission proposal for a Directive establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime (SEC(2011) 780 final of 18 May 2011).

178 M. S. Groenhuijsen, A. Pemberton, *op. cit.*, стр. 43–59.

обезбеди да свака жртва има основни ниво права, без обзира на држављанство и место извршења кривичног дела. Полази се од претпоставке да упутство, као јачи инструмент, може да оствари боље резултате у пракси. Упутство обавезује државе чланице да до 2015. године, у своје законодавство унесу одредбе којима се уређују права жртве и поступање према жртви, у складу са минималним стандардима. У процесу придруживања Европској унији пратиће се усклађеност домаћег законодавства са наведеним упутством, што се види и из Извештаја о скринингу за поглавље 23, у којем се наводи да „минималне стандарде у вези са правима, подршком и заштитом жртава кривичних дела, треба спроводити у складу са Упутством 2012/29/EУ”.

Законик о кривичном поступку Републике Србије не познаје појам „жртва кривичног дела”, већ само појам „оштећени”, који се дефинише као лице чије је лично или имовинско право, кривичним делом повређено или угрожено.¹⁷⁹ Са друге стране, жртва се у члану 2. Упутства 2012/29/EУ, дефинише као физичко лице које због извршеног кривичног дела трпи физичке и душевне последице, или је претрпело имовинску штету.¹⁸⁰ Жртвом се сматра и члан породице лица које је преминуло, а чија смрт је непосредно узрокована кривичним делом и који трпи последице због смрти тог лица.¹⁸¹ Може се закључити да је дефиниција оштећеног из Законика о кривичном поступку, шире постављена од дефиниције жртве у Упутству ЕУ.¹⁸² Као што је представљено у IV поглављу и у државама чланицама Европске уније, у употреби су различити појмови који се односе на жртве. Међутим, избор појма који се користи у националном законодавству указује и на схватање улоге жртве, односно оштећеног у кривичном проступку и да ли се оштећени посматра само у функцији потребе да сведочи против окривљеног, или му се даје посебан положај, због одређених последица које је претрпео. Када се анализира начин на који је дефинисан положај оштећеног у кривичном поступку у Србији, може се закључити да је задржан приступ третирања оштећеног као извора сазнања о извршеном кривичном делу и учиниоцу, а заштита и права оштећеног су у функцији његове примарне улоге.¹⁸³

Решење постојеће ситуације могло би представљати укључивање појма „жртва” у законодавство, као посебне категорије оштећених, која би, осим права која су јој гарантована, имала и права која су установљена као ми-

179 М. Шкулић, Г. Илић, *Водич за примену новог Законика о кривичном поступку*, Paragraf Lex, Београд, 2013, стр. 14–16; М. Шкулић, Д. Лукић, „Опште особености појма оштећеног у кривичном поступку и основни начини кривичноправне заштите оштећених”, у: М. Шкулић *et al.* *Улога и могућности јавног тужиоца у заштити жртава кривичног дела*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2009, стр. 25–64.

180 Т. Лукић, *Оштећено лице као субјекат кривичног поступка. Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)*, Златибор–Београд, 2012, стр. 180–198.

181 О појму жртве видети у: Ђ. Игњатовић, Б. Симеуновић-Патић, *Виктимологија*, Правни факултет Универзитета у Београду, Досије студио, Београд, 2011, стр. 20–23.

182 Више у: Ј. Ђирић, *Тужилоци и жртве*, Институт за упоредно право, Београд, 2009.

183 М. Жарковић, „Основни елементи права жртве на компензацију”, у: *Право жртве на компензацију*, ОЕБС, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Друштво судија, Београд, 2011, стр. 9. О положају оштећеног више у: М. Шкулић, „Један поглед на положај оштећеног у кривичном поступку за кривична дела организованог криминала”, *Темид*, 2004, број 1, стр. 17–29.

нимални стандарди у правним тековинама ЕУ, као што су делотворна психолошка и друга стручна помоћ и подршка органа, организација или установе за помоћ жртвама кривичних дела, као и право на обавештавање, односно информисање о предузетим радњама јавног тужиоца, по пријави коју је жртва поднела.

Приликом измене националног законодавства, као упоредна искуства могу послужити искуства Немачке, која је била једна од првих држава у ЕУ, која је увела право жртве на компензацију,¹⁸⁴ али и држава које су недавно постале чланице Европске уније и које су морале да усагласе своје прописе са правним тековинама Европске уније.¹⁸⁵

Као инструмент узајамне правне помоћи истиче се Европски заштитни налог, успостављен Упутством 2011/99/ЕУ, којим је уређен механизам издавања европског заштитног налога лицима која уживају заштиту, применом мера издатих у кривичном поступку у једној држави чланици (забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем). Упутством се утврђују правила на основу којих правосудни орган једне државе чланице, у којој су мере предузете према националним прописима, издаје европски заштитни налог, како би надлежни орган у другој држави чланици, наставио да пружа заштиту одређеном лицу на својој територији. Иако се у овом тренутку не захтева од Србије да унесе овај инструмент у национално законодавство, мораће то да учини пре него што постане пуноправна чланица ЕУ.

Поред наведених права која је потребно гарантовати, заштитити и пружити, у пракси жртвама кривичних дела, Република Србија је у обавези да уреди и механизам накнаде штете жртвама. Када је у питању право жртве на компензацију, циљ измене законодавства представља усаглашавање са стандардима и правима који су утврђени Европском конвенцијом о накнади штете за жртве кривичних дела с елементима насиља, Конвенцијом Савета Европе о спречавању и борби против трговине људима, Конвенцијом Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, Конвенцијом УН о транснационалном организованом криминалу, као и Декларацијом УН о основним принципима правде за жртве криминалитета и злоупотребе власти. У погледу ЕУ инструмената, значајно је Упутство 2004/80/ЕЗ, о компензацији жртвама кривичних дела. Сврха компензације јесте брза и ефикасна репарација последица страдања које су жртве претпе-

184 M. Löffelmann, *The Victim in Criminal Proceedings: A Systematic Portrayal of Victim Protection under German Criminal Procedure Law*, Resource Material Series No.70, UNAFEI, Tokyo, 2006, стр. 37. Немачка је 1986. усвојила Закон о унапређењу положаја оштећеног у кривичном поступку, а 1998. Закон о заштити сведока у кривичном поступку и унапређењу заштите жртава. Следећа реформа у области заштите жртава уследила је 2009. године. Више у: M. Peter, *Measures to protect Victims in German Criminal Procedures: A Summary with Special Focus on the Key Points of the Second Victims' Rights Reform Act*, Resource Material Series No. 81, UNAFEI, Fuchu, Tokyo, 2010, стр. 125–137.

185 Као пример може послужити искуство Хрватске која је постала чланица ЕУ 1. јула 2013. године. Више у: M. Rašić, S. Veber, „Usporedba hrvatskog zakonodavstva o zaštiti žrtava i svjedoka i kaznenih djela s Direktivom 2012/29/EU o uspostavi minimalnih standarda, prava, podrške i zaštite žrtava zločina“, *Policajska sigurnost*, број 3, Zagreb, 2013, стр. 353–362.

ле и разликује се од накнаде, која се остварује кроз имовинскоправни захтев у кривичном или парничном поступку.¹⁸⁶

Право жртве на компензацију, односно одговорност државе почива на претпоставци да је држава пропустила да заштити жртве од чињења кривичних дела, или да истражи и казни извршиоце.¹⁸⁷

Приликом одлучивања о начину уређења права на компензацију, потребно је да законодавац дефинише неколико ствари, као што су: појам „жртва”, да ли ће бити обухваћене само примарне или и секундарне, жртве којих кривичних дела ће имати право на компензацију, да ли се надокнађује само материјална или и нематеријална штета, како ће се право на компензацију остваривати (у кривичном поступку, или посебном управном поступку), одакле ће се жртвама исплаћивати надокнада и слично.¹⁸⁸

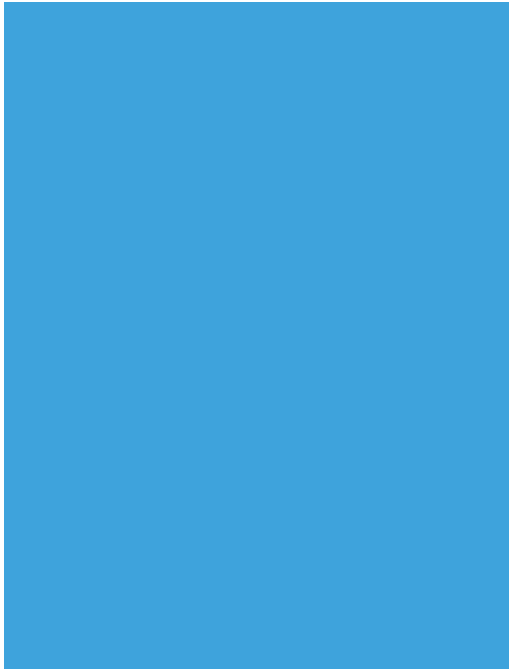
Правни систем Републике Србије садржи одређене гаранције права оштећених, али проблем представља недостатак гаранција на потпуно, тачно и благовремено информисање о правима и механизмима заштите, који се могу остварити.¹⁸⁹ Република Србија још увек није усвојила закон о бесплатној правној помоћи, којим би се обезбедило да жртве имају приступ стручним правним саветима и заступању. Неопходно је да се питања доступности правде, правне помоћи и накнаде штете, регулишу на целовит начин.

186 Н. Мрвић Петровић, *Остваривање права на накнаду штете проузроковане породичним насиљем*, Правом против насиља у породици, Ниш, 2002, стр. 111.

187 A. Gallagher, *Right to an effective remedy for victims of trafficking in persons*, *Survey of International Law and Policy*, Paper submitted for the expert consultation convened by the Special Reporter for Trafficking in persons, especially women and children, стр. 12–41.

188 Више у: М. Лукић, „Приступ правди за жртве кривичних дела са елементима насиља: усаглашеност националног правног оквира са међународним стандардима”, у: зборник радова *Насиље у Србији, узроци, облици, последице и друштвена реакција*, том 2, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2014, стр. 456–466.

189 М. Шкулић, „Кривичнопроцесне могућности заштите жртава кривичних дела, повезаних са трговином људским бићима”, год. V, број 2, Београд, 2002, Темида, стр. 6.



ISBN 978-86-6383-036-3