ГЛАСНИК

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Година LXXVIII
Књига 66

Нови Сад, март 2006
Број 3

ЧЛАНЦИ

UDC 343.1(497.11)

Др Момчило Грубач

ред. проф. Правног факултета
Универзитета „Унион” у Београду

ПОЧЕТАК ИЛИ НАСТАВАК РЕФОРМЕ КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ЗАКОНОДАВСТВА У СРБИЈИ*

САЖЕТАК: Чланак представља реакцију аутора на идеју да се приступи раду за припрему новог Законика о кривичном поступку Србије и да се тај посао обави у кратком времену од неколико месеци. Аутор сматра да је та замисао неоправдана из више разлога. Уместо новог Законика, по његовом мишљењу, требало би узети у обзир оно што је већ урађено, па реформу не започињати изнова, већ је наставити, тако што би постојећи Законик био измењен, допуњен и правнотехнички усавршен у неколико тачно одређених питања, за која се поуздано зна да захтевају такву интервенцију.

У седам тачака аутор наводи питања на којима треба радити у наставку реформе кривичног процесног законодавства у Србији. Према његовом мишљењу било би потребно: 1) сачинити пречишћен текст Законика; 2) допунити Законик потпунијим одредбама о заштити сведока и оштећених у кривичном поступку; 3) изоставити из Законика одредбе о међународној кривичноправној помоћи и екстрадицији и о томе донети посебан закон државне заједнице; 4) евентуално променити модел истражног поступка, поверавањем истраге јавном тужилаштву односно полицији и задржавањем истражног судије само за доношење одлука о ограничавању људских права у току тога поступка; 5) још једном испитати усклађеност Законика са одред-

* Рад примљен: 15. XI 2005. године.

бама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода; 6) усагласити Законик са накнадно донетим уставним одредбама (Уставна повеља из 2003) и са одредбама новог Кривичног законика (2005); 7) узети у обзир и оправдане примедбе судске праксе.

Кључне речи: Законик, кривични поступак, реформа, прецизиран текст, заштита сведока, кривичноправна помоћ, екстрадиција, истрага, Европска конвенција, Европски суд, Кривични законик, судска пракса

Дилема изражена у наслову овога рада отворена је пре неколико месеци, када је Министар правде именовао радну групу и наложио јој да до почетка 2006. год. припреми предлог новог Законика о кривичном поступку. Ако се има у виду да је пре непуне четири године био донет сада важећи ЗКП, припремање новог Законика изгледа нелогично и неоправдано, и као да је резултат недовољне обавештености о стању у тој области законодавства. Било би логичније да је већ започета реформа тога законодавства настављена и да је постојећи Законик само допуњен и измењен у складу са стварним потребама и захтевима који су се јавили после његовог доношења.

Законик о кривичном поступку из 2001. год. још је релативно нов и у доброј мери усаглашен са општеприхваћеним међународним правним стандардима и савременим научним идејама у тој области, као и са захтевима домаћег правног поретка и потребама друштвене праксе. Ако би ускоро заиста био донет нови Законик о кривичном поступку, Србија би постала вероватно једина држава у свету у којој су се закони те врсте доносили сваке четири године. Обично се те велике кодификације не дирају деценијама. У тој области права упутније су „реформе малих корака“, тј. низ унапред и добро смишљених парцијалних и сукцесивних промена Законика у појединим питањима, установама или стадијумима кривичног поступка (нпр. реформа истраге, па затим реформа главног претреса, поступка правних лекова итд.), а не тотална реформа свега тога одједном. Посебно је опасно интервенције у овако великим и значајним законикима вршити у кратком времену, без унапред добро дефинисаног циља, без икаквих припрема и претходно спроведених истраживања. У таквим условима „реформа“ се неизбежно заснива на појединачним утисцима чланова радне групе и има више изгледа да покаже штетне него корисне резултате, без обзира на то што су чланови радне групе узети из реда најбољих практичара и теоретичара.

То ипак не значи да је реформа законодавства о кривичној процедури у Србији потпуно завршена и да на даљем развоју и усавршавању законодавства о кривичном поступку више не треба ништа радити. Према нашем мишљењу, у тој области преостало је да буде решено још најмање пет-шест питања, неједнаког значаја и степена сложености. Навешћемо их редоследом који не изражава

њихов ранг према важности и приоритету решавања, већ је потпуно случајан.

1. Прво, било би неопходно *сачиниши службени пречишћени текстови Законика*. Законик је донет у децембру 2001. године и од тада је већ три пута мењан и допуњаван. Први пут, годину дана после доношења, у децембру 2002. године, када су поред неких других интервенција у њега унете одредбе о поступку за дела организованог криминала; други пут, у мају 2004. године, када је после усвајања Уставне повеље тај до тада савезни пропис формално преузет као пропис Републике Србије, уз интервенције у појединим одредбама, и на крају трећи пут, пре месец дана (почетком октобра 2005), када су Безбедносно-информативној агенцији, тј. служби државне безбедности, која је у међувремену реорганизована, додељена иста овлашћења у вези са кривичним поступком као и полицијској служби јавне безбедности и из Законика брисане одредбе о поступку према малолетницима (чл. 464—504) и пренете у посебни Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.

Дакле, данас се наше основно или главно кривично процесно право налази у четири различита законска акта. Једино је у Закону о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из децембра 2002. год. постојала одредба којом се налагало Законодавно-правној комисији ондашње Савезне скупштине да сачини пречишћени текст Законика. Због уставних промена у организацији и надлежностима државне заједнице до којих је потом дошло, тај задатак није испуњен. Наредни Закони о изменама и допунама ЗКП такве одредбе нису ни имали. Такво стање је знатно отежало рад примењивачима кривичног процесног законодавства, који се у многим случајевима у својим одлукама више не могу позивати само на одредбе ЗКП, већ за став који заузму морају наводити и законе о изменама и допунама ЗКП, и то не само један.

Услед инертности надлежних државних органа одмах су се јавили неслужбени пречишћени текстови Законика са намером њихових приређивача да правосудним правницима олакшају рад. Ти текстови, па и кад су најсавесније приређени, међутим, не само што не олакшавају рад кривичном судији и јавном тужиоцу, већ на одређени начин могу код њих да створе и забуну. Извор права (правна норма) се не налази у тако интегрисаном (пречишћеном) тексту, већ у оним раздробљеним прописима, које би судија у својој одлуци и даље морао да наводи и поред „пречишћеног” текста. Тако нпр. ако председник суда одлучи да одбаци захтев за изузеће судије због тога што је очигледно управљен на одуговлачење поступка, не може рећи да то чини на основу одредбе члана 43. став 5. ЗКП (јер у том пропису такве одредбе нема), већ одредбу тога члана ЗКП мора повезати и цитирати заједно са одредбом члана 8. став 2. Закона о из-

менама и допунама Законика о кривичном поступку од 28. маја 2004. године („Сл. гласник РС”, 58/2004).

У вези са овим питањем треба упозорити и на све рђавију правно-техничку обраду нових прописа и све слабији језик закона. Поједине одредбе у новим законима изгледа да ће бити тешко применљиве, јер им се услед недостатака ове врсте не може установити право значење и смисао.

2. Важећи Законик о кривичном поступку било би неопходно *дојунити одредбама о заштити сведока и оштећених у кривичном поступку*. У време доношења Законика та проблематика у Србији још није била актуелна (гоњење за дела организованог криминала још није било на дневном реду, поступака за ратне злочине није било, Конвенција УН против транснационалног организованог криминала још није била ратификована), тако да је нови Законик добио само неколико неразрађених одредаба о заштити сведока (члан 109). Врло брзо се показало да то није довољно и да је европско законодавство за кратко време одмакло много даље. Недавно (6. октобра 2005) је донет Закон о програму (полицијске, тј. ванпроцесне, прим. М. Г.) заштите учесника у кривичном поступку („Сл. гласник РС” 85/2005), али још нису донети прописи (који морају бити саставни део ЗКП) о посебној заштити појединих сведока и оштећених у самом кривичном поступку (сведочење без откривања идентитета сведока, сведочење из удаљеног места путем техничких средстава за пренос слике и звука и томе сл.), иако је на припреми тих одредаба за допуну ЗКП дуже времена радила једна комисија у Министарству правде.

Осавремењавање Законика овим одредбама не би требало да представља никакву тешкоћу, будући да о томе питању постоји упоредно-правно искуство и да је поменута радна група Министарства правде већ припремила доста добар предлог законских одредаба. Ова допуна Законика је неопходна да би се обезбедили докази од тзв. угрожених сведока, посебно у поступцима против припадника терористичких организација, за дела организованог криминала и ратне злочине. Наше право већ познаје сведоке сараднике, прикривене иследнике и обичне угрожене сведоке (друго су немоћни или осетљиви сведоци), али нема одредаба о њиховој заштити у кривичном поступку.

3. *Потребно је донети посебан Закон о међународној кривично-правној помоћи и екстрадицији*. — После доношења Уставне повеље (2003), чланице државне заједнице су преузимајући савезни ЗКП преузеле и оне његове делове који се односе на међународну правну помоћ у кривичним стварима, укључујући и екстрадицију (гл. XXXII и XXXIII), иако су та питања остала у надлежности државне заједнице. Проблем би био решен да су органи заједнице, како је

било предвиђено Законом о спровођењу Уставне повеље (члан 20. ст. 1. и 3), у одређеном року донели посебан закон о међународној кривичноправној помоћи и екстрадицији (у коме је, поред осталог, требало да се нађу и одредбе о односима СЦГ са међународним кривичним судом). Тада би престале да важе две поменуте главе у републичким законима о кривичном поступку и свако би вршио своју надлежност. Међутим, заједнички закон о међународној кривичноправној помоћи и екстрадицији још није донет, нити су органи државне заједнице инсистирали на својој законодавној надлежности, тако да у тим питањима надлежни органи заједнице поступају по републичким законима.

При томе, чланице државне заједнице су поступиле различито: Црна Гора је задржала потпуно превазиђене одредбе о међународној правној помоћи и екстрадицији Закона о кривичном поступку СФРЈ из 1977. године (јер Законик СРЈ из 2001. године у тој Републици никад није био прихваћен, осим што је послужио као узор за доношење новог црногорског Законика из 2003), а у Србији су на снази одредбе о тим питањима садржане у Законику из 2001. године, које су и саме у међувремену постале превазиђене.

4. Централно и најважније питање наредних промена кривичног процесног законодавства у Србији, према нашем мишљењу, треба да буде *ново уређење претходног поступка, њ. истраге*, која је у многим европским државама из надлежности суда већ прешла у надлежност јавног тужиоца или полиције, или у заједничку надлежност јавног тужиоца и полиције, уз контролу која и даље припада судским органима. У раду на припремама новог ЗКП из 2001. године то је питање било узето у обзир, али није стављено на дневни ред из уверења да за такву реорганизацију претходног поступка у Србији тада још нису били сазрели услови, од којих су реформа полиције и јавног тужилаштва најважнији. Међутим, законодавац је већ тада на одређени начин наговестио будућу реформу истраге, посебно истицањем улоге јавног тужиоца у преткривичном и претходном кривичном поступку (члан 46. став 2. тач. 1. и 2).

Можда би данас питање трансформације истражног поступка могло да буде отворено, уз паралелан рад на даљој реформи полицијске и јавнотужилачке службе. При томе, треба имати у виду да би та реформа значајно изменила физиономију садашњег кривичног поступка. Она би могла да буде успешно спроведена, али само под условом да се и у новом моделу истраге потпуно и ефикасно заштите људска права и слободе и да се пристане на потпуно преношење доказивања у главни поступак, који би се одликовао знатно већим степеном контрадикторности и непосредности, за разлику од данашњег поступка у коме се значајан, чак и претежан део доказивања обавља у стадијуму претходног поступка.

Међу државама које су укинуле судску истрагу и прешле на тужилачки модел истражног поступка од недавно се налази и Босна и Херцеговина у којој су током 2003. год. донети нови кривични закони и закони о кривичном поступку. У области кривичног поступка „државни” ЗКП БиХ ступио је на снагу 1. марта 2003.¹ а „ентитетски” ЗКП Федерације БиХ² и ЗКП Републике Српске³ 1. јула 2003, те ЗКП Брчко Дистрикта БиХ 1. августа 2003.⁴ Приказаћемо укратко основна решења новог истражног поступка према тим законима.

Као што смо већ напоменули, истрага у БиХ (и ентитетима) више није поверена истражном судији, већ тужиоцу, који наређује њено спровођење ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело. Тужилац „управља активностима овлашћених службених лица везаним за проналажење осумњиченог и прикупљање изјава и доказа”. У вези са тим, полиција има посебна овлашћења и дужности: да узима изјаве и прикупља друге доказе, да задржи затечена лица на месту извршења кривичног дела, да изврши увиђај и одреди потребна вештачења, осим обдукције и ексхумације леша.

Пре него што тужилац отвори истрагу полицијски органи прикупљају потребне изјаве и предузимају друге мере ради откривања кривичних дела и учинилаца (полицијски извиди). Грађанин полицији не мора дати изјаву, ни одговарати на постављена питања, али ако хоће, саслушава се као сведок (по правилима унакрсног испитивања), односно као осумњичени, па се записници са тим исказима могу употребити као докази у кривичном поступку. О прикупљеном материјалу полиција саставља извештај и доставља га тужиоцу. Осим тога, судија за претходни поступак може наредити да се изјава сведока узме на посебном саслушању кад постоји вероватноћа да сведок неће бити доступан суду у време суђења (види о томе наредна излагања о доказном поступку).

Осим тужиоца и полиције који су органи истражног поступка, у истрази се јавља и судија за претходни поступак. Он у истрази иступа у првом реду као гарант људских права и слобода, тј. доноси одлуке којима се ограничавају поједина људска права и које према уставима могу доносити само судски органи, не и органи извршне власти. По том основу, тај судија на предлог тужиоца одређује притвор, надзире извршење притвора, издаје наредбу о претресању, наредбу за привремено одузимање ствари, наредбу о предузимању посебних истражних радњи итд. Њему припада и судско обезбеђење доказа кад се они изводе у току истраге због тога што се касније у поступку пред судом не би могли извести. Иста овлашћења има и судија за претходно саслушање, а разлика је само у томе што он те

¹ „Сл. гласник БиХ”, 36/2003.

² „Сл. новине Федерације БиХ”, 35/2003. и 56/2003.

³ „Сл. гласник Републике Српске”, 50/2003.

⁴ „Сл. гласник Брчко Дистрикта БиХ”, 10/2003.

дужности врши после спроведене истраге, тј. после подизања оптужнице.

У току истраге тужилац може предузети све истражне радње, укључујући испитивање осумњиченог, саслушање сведока, увиђај, вештачење и др. Закони немају детаљне одредбе о радњама које у истрази предузима тужилац и о начину њиховог предузимања, што говори о одређеном степену њихове неформалности. Постоји само одредба да тужилац мора саслушати осумњиченог пре него што оконча истрагу, ако раније није саслушан. Закони кажу, „тужилац ће саслушати осумњиченог”, дакле, осумњиченог овде не испитују странке по правилима о унакрсном испитивању. Ако је у изгледу да сведок неће бити доступан суду у време суђења, тужилац ће затражити већ поменуто судско обезбеђење доказа и тада ће сведок бити саслушан пред судијом за претходни поступак по правилима унакрсног испитивања.

Кад овлашћено лице органа унутрашњих послова лиши слободу лице за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело дужно је да га без одлагања, а најкасније у року од 24 сата, спроведе тужиоцу, који ће га испитати без одлагања. Ако тужилац то лице не пусти на слободу, дужан је да од судије за претходни поступак затражи одређивање притвора.

Истрага се води за свако кривично дело. (Гоњење се увек предузима по службеној дужности, јер КЗ не познаје кривична дела за која се гони по приватној тужби.) Услови за подизање непосредне оптужнице нису предвиђени, нити изостављање истраге за нека кривична дела, а тужилац је дужан да о неспровођењу истраге (што значи о непокретању поступка уопште) обавести оштећеног и подносиоца пријаве који имају право притужбе уреду тужиоца. Разлози за неспровођење истраге су тачно одређени: ако је из пријаве и списка очигледно да дело није кривично дело, ако не постоје основи сумње да је пријављено лице учинило кривично дело, ако је наступила застарелост или је дело обухваћено амнестијом или помиловањем или ако постоје друге околности које искључују кривично гоњење.

Истрага се обуставља наредбом тужиоца ако се утврди да дело осумњиченог није кривично дело, да нема довољно доказа да је кривично дело учинио осумњичени или да је дело обухваћено амнестијом, помиловањем, застарелошћу или да постоје други основи који искључују кривично гоњење. О обустави истраге тужилац обавештава оштећеног који има право притужбе. Истрага обустављена због недостатка доказа да је осумњичени извршио кривично дело може се поново отворити ако се појави нови доказни материјал.

Тужилац окончава истрагу кад нађе да је стање ствари довољно разјашњено да се може подићи оптужница. О томе се не доноси посебно решење, већ само ставља забелешка на списима.

Напуштен је досадашњи начин контроле основаности оптужнице путем приговора окривљеног и замењен контролом по службеној дужности суда у случају сваке подигнуте оптужнице. Судија за претходно саслушање, коме тужилац подноси оптужницу, дужан је да о њој одлучи у року од осам дана од дана пријема. Он проучава сваку тачку оптужнице и материјале које му је доставио тужилац, како би утврдио постојање основане сумње да је осумњичени извршио кривично дело, па зависно од стања које утврди, може да потврди оптужницу или да одбије све или поједине њене тачке. Ако потврди оптужницу или бар један њен део, осумњичени постаје оптужени. Потврда оптужнице повлачи правноснажност тог оптужног акта. Потом судија за претходно саслушање потврђену оптужницу доставља оптуженом и обавештава га да ће бити позван да се у року од 15 дана изјасни да ли признаје или пориче кривицу, да ли намерава поднети претходне приговоре, те да наведе предлоге доказа које треба извести на главном претресу.

Сви сведоци полажу заклетву пре сведочења. Саслушавање, односно испитивање (закони користе оба израза, чак и у одредбама истог члана) може бити директно, унакрсно и додатно. Директно или главно испитивање обавља странка која је позвала сведока. Затим, сведока испитује супротна странка (унакрсно испитивање), да би добила одговоре који доводе у питање његов први исказ, па поново странка која га је позвала у поступак (додатно испитивање), да би се установио прави смисао одговора који је сведок дао приликом унакрсног испитивања. Супротна странка има право да поставља само питања која се односе на претходно постављена питања странке која је позвала сведока, а та странка се у поновном испитивању мора ограничити на питања која је поставила супротна странка. Судија може да поставља одговарајућа питања сведоку у читавом току испитивања, а редовно, након што испитивање обаве странке. Сугестивна питања се не могу постављати при директном испитивању, а по правилу су допуштена приликом унакрсног испитивања.

Продор елемената англоамеричког кривичног поступка у истрази и уопште проузроковао је значајне измене у положају судије у току главног претреса. Иако и даље сноси одговорност за утврђено чињенично стање (дужан је да са једнаком пажњом испитује и утврђује како чињенице које терете оптуженог, тако и оне које му иду у корист — начело истраживања материјалне истине), он је сада много ближи арбитру из чистог оптужног поступка него судији инквизиционог поступка. Судија се у доказивање све мање меша (питања сведоку поставља тек после странака, ако нађе да је потребно). Основни задатак судије је да надзире извођење доказа и да из материјала који потиче од странака елиминише недопуштене и нерелевантне доказе. Судија (председник већа) ће забранити питање или одговор на већ постављено питање, односно одбити предлог за из-

вођење доказа ако оцени да су недозвољени или неважни за предмет поступка.

За неке доказе који се изводе у току истраге од стране несудских органа (тужиоца или полиције) у законима је речено да се могу употребити као докази у кривичном поступку (нпр. записници о изјавама које прикупе овлашћена службена лица — члан 219. став 3. ЗКП БиХ). Међутим, искази осумњиченог, сведока или вештака не могу се у доказном поступку на главном претресу користити непосредно, тако што би се записници који садрже те исказе прочитали, већ само приликом унакрсног испитивања тих лица тако што ће им се њихови ранији искази предочити. Лице у питању може да објасни или измени свој ранији исказ, а од слободног судијског уверења зависи да ли ће се као веродостојно узети оно што је исказивао у истрази или оно што је касније исказано на главном претресу (члан 273. став 1. ЗКП БиХ).

Исказ сведока дат у току истраге прихвата се на главном претресу непосредно, тј. читањем записника у коме је садржан, само изузетно, ако је испитано лице умрло, душевно оболело, или се не може пронаћи, или је његов долазак немогућ или знатно отежан из важних узрока (члан 273. став 2. ЗКП БиХ). Тим пре, на главном претресу се непосредно користе искази који су дати у току истраге пред судијом за претходни поступак због вероватноће да сведок неће бити доступан суду у време суђења (судско обезбеђење доказа — члан 223. став 1. ЗКП БиХ).

Прихватање новог модела истражног поступка имало је за последицу укидање истражног судије, али уместо њега закони су увели „судију за претходни поступак” (који у току истраге поступа у случајевима кад је то законом прописано) и „судију за претходно саслушање” (који има овлашћења као и судија за претходни поступак, а поступа после подизања оптужнице у случајевима кад је то законом прописано).

Супсидијарне тужбе нема, јер је екстерна контрола оправданости поступка јавног тужиоца који неће да врши кривично гоњење (непокретањем кривичног поступка или одустанком од покренутог кривичног поступка) путем преузимања гоњења од стране оштећеног, замењена интерном контролом од стране самог (јавног) тужиоца. Тужилац може непокретнути или обуставити истрагу, или повући непотврђену оптужницу без одобрења суда, а потврђену оптужницу до почетка главног претреса уз одобрење судије за претходно саслушање који је потврдио оптужницу (члан 216. став 4, члан 224. и члан 232. став 1), односно може одустати од оптужнице на првостепеном главном претресу или у поступку пред апелационим судом (члан 283. став 1. тачка ц. и члан 317. став 1). У свим тим случајевима о одлуци тужиоца се обавештава оштећени који има право да поднесе притужбу „уреду тужиоца”. Закон не говори о поступку тужиоца у случају кад оштећени поднесе притужбу, вероватно оста-

вљајући да то питање буде уређено прописима о организацији тужилаштва. Овим је, према нашем мишљењу, законодавац погоршао положај оштећеног у кривичном поступку у односу на стање кад је имао право на супсидијарну тужбу, јер га је оставио без икакве могућности да сам контролише рад јавног тужиоца за случај непокретања кривичног поступка или одустанка од гоњења, па чак и без могућности да иницира неку другу ефикасну контролу у тим случајевима (нпр. од стране вишег јавног тужиоца).⁵

5. Даљи рад на усавршавању законодавства о кривичном поступку у Србији требало би да обухвати и *исцртавање усклађености Закона са одредбама Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода* коју је СЦГ ратификовала у децембру 2003. године, дакле после доношења Законика. Ратификација конвенције представља веома важан моменат у развоју домаћег права уопште и кривичног процесног права посебно, како у области важећег законодавства, тако и у области његове примене. Грађани су добили још једну судску инстанцу, будући да се за заштиту својих права под одређеним условима сада могу обратити и Европском суду за људска права, а домаће законодавство мора стећи виши степен квалитета у односу на досадашње, јер треба да буде усклађено са одредбама Конвенције. Према том међународном правном пропису, који после ратификације обавезује државу, домаћа државна власт сада мора имати потпуно другачији однос него што га је имала у време доношења Законика (2001), када је Конвенција правно није обавезивала, па је било довољно да је само узета у обзир.

Основне одредбе које се односе на гаранције права човека у области кривичног правосуђа налазе се у члану 6. Конвенције. Те одредбе гарантују право на правично суђење у коме принцип контрадикторности има доминантно место. „Свако има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом образованим на основу закона кад се одлучује о неком његовом грађанском праву или дужности, или о кривичној оптужби против њега” (члан 6. став 1). Поред осталог, то право подразумева да се оптуженом омогући „да испитује сведоке оптужбе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока одбране под истим условима који важе за оне који сведоче против њега” (члан 6. став 3. тачка д). Ова одредба Конвенције садржи право оптуженог да се види (суочи) са сведоком пред судећим судом, да сведочење буде непосредно и да сведоци оптужбе на главном претресу евентуално буду унакрсно испитани од стране одбране, али у сваком случају да буду испитани. Наш За-

⁵ За један предлог измена и допуна одредаба важећег Законика релевантних за нови тип истраге, види Сл. Бељански и др., *Модел ревизије Законика о кривичном поступку*, Forum iuris, Нови Сад 2003, стр. 129–151.

коник све то не обезбеђује у пуној мери. Због тога се може поставити питање неопходности увођења унакрсног испитивања сведока и вештака, као и питање оправданости изузетака од начела неспоредности садржаних у члану 337. Законика који широко омогућује да се на главном претресу читају записници о исказима сведока и налазима вештака датих у истрази. Конвенција не инсистира да окривљени сам или његов бранилац испита сведоке и вештаке, али инсистира да сведоци на тај или други начин (од стране судије) буду саслушани на главном претресу. Читање записника из истраге би морало бити сведено на најмању могућу меру, тј. само на случај кад се сведок услед смрти или другог разлога апсолутне спречености не може саслушати на главном претресу. Због тога одредбе члана 337. ЗКП морају претрпети корените измене.

Све то подразумева извесно ширење акузаторности у Законику о кривичном поступку, мада се он и сада, као и други савремени европски законици, претежно заснива на том начелу.⁶ Сваки од три историјска типа кривичног поступка (оптужни, инквизициони и мешовити), имао је свој метод правног регулисања којим је одређиван положај учесника кривичног поступка и односи међу њима. За разлику од чистог (англоамеричког) оптужног поступка, мешовити (европски континентални) кривични поступак инсистира на равноправности процесних субјеката само у судском стадијуму поступка, не и у стадијуму претходног поступка, чак и кад је он судски. Наш ЗКП нема избалансиране одредбе о могућности странака да учествују у доказном поступку пред судећим судом. Задржавајући правило да искази дати на главном претресу и искази из истраге који се на претресу само читају имају исту правну снагу, Законик је дошао у несклад са поменутиим одредбама Конвенције.

Процес конвергенције два велика правна система (европског континенталног и англоамеричког) одавно је отворен и далеко је одмакао. Он се не може зауставити, нити наше право може остати изван његовог утицаја. Уосталом, тај процес захвата домаће право аутоматски и без воље националног законодавца, имплементацијом Конвенције у домаћи правни поредак, јер је и она сама (мада европска) „инфицирана” англоамеричким правом. Принципијелну улогу у томе процесу игра нарочито Европски суд за људска права, који је овлашћен да испитује одлуке судова држава чланица Савета Европе, а истовремено и однос норми унутрашњег права према Конвенцији. То стимулише процес стварања новог права у тим државама.

Процес конвергенције два велика правна система увелико је на обе стране већ померио традиционална схватања о њиховим основ-

⁶ Теоретичари из држава англосаксонског правног система европски континентални модел кривичног поступка својствен већини европских држава упорно називају инквизиционим. Та констатација није тачна, јер се ради о мешовитом кривичном поступку у коме су мање или више присутни само неки елементи инквизиционог поступка, поред преовлађујућих елемената оптужног поступка.

ним и суштинским карактеристикама. Нпр. у Великој Британији, у којој је прецедент неприкосновени извор права, 9. новембра 1998. год. је ипак донет Закон о правима човека (*Human Rights Act*) који регулише процес инкорпорације Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода у унутрашњи правни поредак. Код нас је нормативни акт у начелу једини извор права, али од недавно и у нашем ЗКП имамо одредбе које предвиђају да и судијин осећај правичности може да буде извор права у конкретном случају (члан 72. став 1).

Инкорпорација конвенције у домаћи правни поредак значи само хармонизацију (усаглашавање) домаћег права са међународним правним стандардима. То није међународна унификација законодавства, која се данас не би могла постићи и кад би се хтела. Због тога домаћи законодавац мора бити обазрив, да би хармонизацији подвргао само онај део домаћег права који је у нескладу са међународним правним стандардима, и обрнуто, да заведен хармонизацијом, у домаће право не уведе оно чему ту нема места и што се у њега не би уклопило, односно да из њега не изостави оно што је као напредно и корисно „положило испит“. Добри примери за то су италијанска реформа кривичног поступка из деведесетих година прошлог века, која је показала да је мало вероватно да англоамеричко доказно право може да заживи у романско-германском правном систему, као и руски експеримент са увођењем поротног суђења само за кривична дела за која је предвиђена смртна казна, јер ће бити довољно да та казна буде укинута (што ће се извесно десити, јер је укидање смртне казне међународна обавеза Русије), па да се еуфорично уведен поротни суд угаси.

6. Усаглашавање одредаба ЗКП са новим уставним одредбама и одредбама новог Кривичног законика. — Треба још подсетити да право садржано у свим законима, па и у Законику о кривичном поступку мора бити усаглашавано и са одредбама устава, увек и у кратким роковима после доношења нових устава или промене постојећих. Усаглашавање са новим уставима било је некад у Југославији редован, често и једини повод за доношење нових закона или измену постојећих. У најновије време то више није случај. Закони се више не усаглашавају чак ни са уставима (нпр. са Уставом СРЈ из 1992. год. мало који закон је био усаглашен), или се не усаглашавају на време, или се усаглашавају само делимично. Нпр. усаглашавање ЗКП са Уставном повељом и Повељом о људским правима још није у потпуности извршено, иако је од њиховог доношења (2003) Законик мењан и допуњаван два пута. Тако нпр. одредба члана 6. став 1. ЗКП о начелу *ne bis in idem* није усаглашена са одредбом члана 21. Повеље о људским правима. Неке друге одредбе Законика законодавац је усаглашавао са одредбама Повеље, али не увек успешно. Тако нпр. изменама Законика из 2004. год. презумп-

ција некривице (члан 3. став 1), у складу са чланом 19. Повеље, претворена је у презумпцију невиности, али од тада ЗКП није у складу са Уставом Републике Србије (члан 23. став 3), који и даље садржи презумпцију некривице.

ЗКП мора бити усклађен и са другим законима, посебно са новим Кривичним закоником од 5. октобра 2005. год. („Сл. гласник РС”, 85/2005), који ће ступити на снагу 1. јануара 2006. године. Те мељну прераду морају претрпети нарочито главе Законика које се односе на поступак за примену мера безбедности психијатријског лечења и чувања и поступак за брисање осуде односно рехабилитацију. Из истог разлога биће неопходне интервенције и на многим другим местима у Законнику, нпр. у одредбама члана 355. у којима је предвиђено да се ослобађајућа пресуда изриче ако се утврди да дело за које је подигнута оптужба није кривично дело, а посебно и по другом основу ако се утврди да има околности које искључују кривичну одговорност оптуженог, јер према новом Кривичном законнику кривична одговорност, тј. кривица представља елеменат кривичног дела, па кад је она искључена (због неурачунљивости, неотклоњиве стварне заблуде, неотклоњиве правне заблуде) нема кривичног дела (члан 14. став 2), као и у случају основа који искључују противправност (мали значај дела, нужна одбрана, крајња нужда).

7. Наравно, приликом сваке иновације кривичног процесног законодавства *треба имати слуха и за предлоге судске праксе* усмерене на отклањање недостатака који се манифестују у примени Законика, јер судска пракса те недостатке прва и најбоље уочава. Проблем је само у томе што у недостатку правосудне статистике и планског праћења правног судства праксе, нико данас не зна са сигурношћу како та пракса функционише и који су њени стварни проблеми у примени Законика. Ствар се своди на сопствена искуства појединаца стечена на ограниченом простору, најчешће једнога суда, што не мора да буде одраз стварног стања ствари које важи на територији читаве државе.

Уместо закључка. — На основу изложеног, произлази закључак да наредни корак у реформи кривичног процесног законодавства, која је започета 2001. године доношењем новог Законика о кривичном поступку, треба да обухвати тачно одређена (напред наведена, а евентуално и друга) питања. Та питања не смеју бити случајно одабрана, произвољна и бројна. Не би било добро да се том озбиљном раду приступи без икаквог плана и да се остави слобода радној групи да предлаже измене и допуне Законика по свом нахођењу, још горе, да се приступи писању „новог Законика” од члана 1. до члана 577. Рад на измени Законика без унапред тачно одређеног задатка и дефинисаног циља могао би да створи конфузију и да се заврши рђавим резултатом.

BEGINNING OR CONTINUANCE OF THE REFORM OF SERBIAN CRIMINAL PROCEDURAL LAW

Professor Momčilo Grubač, PhD

Summary

This Article represents author's reaction to the idea of initiating preparation of the new Serbian Criminal Procedural Law and achieving this goal in a short term of several months. The author thinks that this idea is unwustifiable for several reasons. Instead of drafting the new criminal code, we shall take into consideration what has already been done, and we shall proceed with the reform by amending and supplementing the existing Criminal Code, by making it legally perfect in respect of several clearly defined issues, which obviously require such intervention.

The author makes references to seven issues that require consideration in the reform of Serbian criminal procedural law. According to him it is necessary to: [1] make a final draft of the Criminal Code; [2] amend Criminal Code and add more detailed provisions on witness protection and protection of iwured persons in the criminal procedure; [3] remove the provision on international criminal assistance and extradition from the Criminal Code and adopt a State Union law; [4] potentially change the model of investigation proceedings, by transferring investigation to the competence of the state prosecution or police and referring to the investigating judge so that he can only pass decisions on limitation of human rights during the proceedings; [5] re-evaluate once more whether the Criminal Code is in compliance with European Convention on protection of human rights and fundamental freedoms; [6] harmonize the Criminal Code with later adopted constitutional provisions (Constitutional Charter 2003) and with the provisions of new Criminal Code 2005; [7] take into consideration justifiable objections of the court practice.

Keywords: Criminal code, criminal procedure, reform, final draft, witness protection, criminal law assistance, extradition, investigation, European Convention, European Court, Criminal Code, court practice