Dorđe P. Mamula
advokat u Beogradu

**OSNOVANA BOJAZAN I OSOBITE OKOLNOSTI
KOJE OPRAVDAVAJU BOJAZAN KAO OSNOVI PRITVORA
U KRIVIČNOM POSTUPKU***

(prema Zakonu o krivičnom postupku iz 1976/1985. godine)

— Pravni standardi kao ograničenje prava na odbranu —

SAŽETAK: Autor se bavi analizom osnovane bojazni i osobitim okolnostima koje opravdavaju bojazan kao delu osnova za pritvor. On smatra da ti pravni standardi ograničavaju pravo na odbranu, jer su nejasni, jer nisu činjenice, već subjektivne okolnosti, te se činjenicama ne mogu osporiti. Smatra da ZKP u osnovnim načelima obavezuje sud da utvrdi istinito i činjenice koje se tiču pritvora.

Ključne reči: bojazan, pritvor, okrivljeni, odbrana

„... vi ste uhapšeni”. A zašto”
„... Mi nismo pozvani da vam to ka-
žemo.”

Franc Kafka, *Proces* (1917)

„Niko ne sme biti proizvoljno uhapšen,
pritvoren niti proteran.”

Čl. 9. Univerzalne deklaracije o pravima
čoveka, Gen. skupština UN, 10. 12. 1948.

Rad primljen: 26. II 2000.

* „Sl. list SFRJ” br. 4/77, br. 14/1985. g.

I. PRITVOR — IZVORIŠTE PRAVNE NESIGURNOSTI U KRIVIČNOM POSTUPKU

Krivični postupak kroz norme koje ga uobličavaju, utvrđuje pravila koja obavezuju nadležne državne organe, a pre svega sudsku vlast, da odlučuju o krivičnoj odgovornosti osumnjičenih, odnosno okrivljenih ličnosti na osnovu zakonito sprovedenog postupka. No pored toga što norme krivičnog postupka određuju ovlašćenja državnih organa, a pre svega ovlašćenja suda, te norme moraju imati i vrlo jasna ograničenja do kojih sudska vlast može ići u proganjanju počinilaca krivičnih dela. Naime, kako je rekao Gustav Radbruch: „Država je pozvana da donosi zakone samo pod uslovom da i sebe samu smatra vezanom sopstvenim zakonima.”¹ Drugim rečima, norme krivičnog postupka moraju biti i vrlo jasna garancija da država u vršenju funkcije gonjenja, neće zadirati u prava i slobode građana van ustavnih i zakonskih okvira.

U analizama ustavnih i zakonskih rešenja moguće je uočiti balansiranje zakonodavaca u težnji da uzajamnošću između efikasnosti krivičnog postupka i zaštite građanskih sloboda i prava, *dometom* efikasnosti postupka i *dometom* sloboda i prava, *ograniči* i državu (sudsku i izvršnu vlast) i građanina. Navedeni balans često se sa mukom odražavao, a pritvor je bio i ostao najozbiljnije zadiranje u oblast slobode, kao najvrednijeg čovekovog dobra posle života. Neretko, taj balans, je „padao” u ponor državnog razloga, na račun slobode i uštrb prava čoveka i građanina, a za nuždu policijske države, pre svega.

Pritvor za pritvorenu osobu znači vrlo često snažan emocionalan potres (stres) jer, prinudna socijalna izolacija u zatvorskoj — pritvorskoj ustanovi sa posebnim režimom i bitno ograničenom slobodom kretanja i komuniciranja uz pritvorske standarde, nameće obavezu da se o toj meri pažljivo odlučuje. Takvo odlučivanje je nužno, zbog mogućnosti da se pritvor odredi i prema nevinoj osobi, ali i prema osobi prema kojoj je ta mera potrebna, kako zbog neometanog vođenja postupka, tako i zarad ostvarivanja cilja krivične procedure. Zato humani (moralni) kriminalno-politički (dakle i procesno-politički razlozi) i naravno politički razlozi ukazuju na višedimenzionalnost pritvora kao deo problema ustavnih i zakonskih jemstava slobode i prava, ali i njihove primene i značaja u praksi. Stoga je u društvu u kome se autoritet vlasti zasniva na slobodi građana, u domenu pritvora, važno da mu je svrha precizno određena, da su zakonski osnovi pritvora razumljivi i dorečeni, bez mogućnosti samovolje u određivanju, u isključivoj nadležnosti suda, sa omeđenim rokovima, odnosno što kraćim trajanjem. Pored toga, bitno je da razlozi (cause arresti) i za obavezan i fakultativan pritvor sadrže precizne uslove, opravdane sa stanovišta cilja postupka. Naravno potrebno je da odluka o pritvoru bude potanko obrazložena i da bude predviđena drugostepena kontrola zakonitosti.

¹ Gustav Radbruch, *Filozofija prava*, Nolit, 1980, str. 236.

Ipak u mnogim zakonima, zakonski osnovi za pritvor nisu razumljivo, jasno sadržinski određeni. Delom to je zbog jezičke nesavršenosti i teškoće da se život pretoči u norme, a delom i svesnog zakonodavčevog neodređenog formulisanja pritvorskih osnova, kako državi ne bi bile „vezane ruke”.

II. BOJAZAN KAO SASTAVNI DEO PRITVORSKOG OSNOVA

Zakon o krivičnom postupku iz 1976. g. (u daljem tekstu ZKP/76) koji je još uvek na snazi u SRJ, ustavni osnov za pritvor crpeo je iz čl. 178. st. 1. Ustava SFRJ. Po tom članu „lice za koje postoji osnovana sumnja da je izvršilo krivično delo može biti pritvoreno i zadržano u pritvoru samo kada je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili radi bezbednosti ljudi”. Glava XVII ZKP/76 nosi naslov „Mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog i uspešno vođenje krivičnog postupka”, a pritvor je, kao jedna od tih mera regulisan čl. 190—200. ZKP. Mimo Ustava pritvor je stavljen i u funkciju uspešnog vođenja krivičnog postupka. Član 24. st. 1. Ustava SRJ iz 1992. g. glasi: „Lice za koje postoji osnovana sumnja da je izvršilo krivično delo može, na osnovu odluke nadležnog suda, biti pritvoreno i zadržano u pritvoru, samo ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka”. U „Predlogu Zakona o krivičnom postupku” Saveznog ministarstva pravde SRJ od 14. 02. 2000. g. (u daljem tekstu Predlog ZKP/2000) VIII glava nosi naslov „Mere za obezbeđenje prisustva okrivljenog i za nesmetano vođenje krivičnog postupka”.² I danas važeći ZKP/76 u članu 191. st. 2. tač. 2. kao i Predlog ZKP/2000 u čl. 142. st. 2. tač. 2. sadrže sličan osnov za fakultativni pritvor, prema kome se pritvor može odrediti okrivljenom: — ako postoji osnovana bojazan da će uništiti („sakriti, izmeniti ili falsifikovati dokaze ili” što kao novinu sadrži Predlog ZKP/2000) — tragove krivičnog dela ili ako osobite okolnosti ukazuju da će ometati istragu („postupak”, prema Predlogu ZKP/2000) — uticanjem na svedoke, saučesnike ili prikrivače. Novina u odnosu na dosadašnje rešenje je da će okrivljeni „sakriti, izmeniti ili falsifikovati dokaze”, a koluziona opasnost³ je sa istrage proširena u celini na postupak, što će reći i na postupak posle prvostepene presude, da bi se što bolje obezbedili materijalni i verbalni dokazi. Naravno, praksa je kreativnim tumačenjem odavno ovaj zakonski osnov sa istrage proširila sve do prvostepene presude (objavljivanja) prema odlukama nekih vrhovnih sudova, ali mu se predloženim izmenama „vrata otvaraju” do pravosnažnosti presude. Tako je navedeni osnov pritvora opravdano proširen, ali je zadr-

² Verzija predloga Zakonika o krivičnom postupku Saveznog ministarstva pravde od 4. 12. 1999. g. nosila je naziv „Mere za obezbeđenje prisustva osumnjičenog i okrivljenog i za uspešno vođenje krivičnog postupka”, pa je posle mnoštva primedbi, jedna od vrlo retkih uvažena i uskladena sa Ustavom SRJ, čl. 24. st. 1.

³ Collusio — šurovanje, domundavanje; *prav.* (u pravu) potajan sporazum između optuženog i svedoka u cilju prikrivanja istine, prema Milanu Vujakliji *Leksikon stranih reči i izraza*. Prosveta—Beograd, 1966, str. 441.

žavanjem neodređenih pojmova, kao „osnovane bojazni”, ovaj pritvorski razlog proširio i mogućnost za vrlo arbitrarno odlučivanje suda o pritvoru zadržavanjem okrivljenog u pritvoru do okončanja postupka po žalbi. Šiler bi rekao: „Pričuvajte se, plemeniti lorde, da vam se korist države ne učini kao pravda!”⁴

U čl. 142. st. 2. tač. 3 Predloga ZKP/2000 u potpunosti je zadržano sadašnje rešenje iz čl. 191. st. 2. tač. 3, prema kome se pritvor prema okrivljenom može odrediti i „ako osobite okolnosti opravdavaju bojazan da će ponoviti krivično delo ili da će dovršiti pokušano krivično delo ili da će učiniti krivično delo kojim preti”, inače bez uporišta u Ustavu SRJ, koji više nema bezbednost ljudi ili javnu bezbednost kao pritvorski osnov. Šta zapravo znači bojazan, osnovana bojazan ili pak opravdana bojazan?

Bojazan je misaona ili apstraktna imenica koja označava ono što se može samo zamisliti ili osetiti i jezički znači: strah, plašnju, zebnju.⁵ U psihološkom smislu bojazan ili strah predstavlja anticipaciju predstojećih opasnosti koje se doživljavaju kao anksioznost (strepnja) prema Kreču i Krečifildu.⁶ Oni ističu da je jedna važna komponenta straha u mnogim situacijama i vremenska perspektiva okrenuta budućnosti, kada predviđamo ono što će se desiti i zadržavajući se u mislima na tim zbivanjima, stvaramo stanje snažnog anticipatornog straha.⁷ Kada se ova saznanja iz psihologije prenesu u oblast aktuelnih pritvorskih osnova u krivičnom postupku, obzirom na sadržinu odredbi kojima se ovde bavimo, čini se da je *bojazan* (plašnja, zebnja, strah) ona predstava ili stvoreni sud o posledicama, koje mogu proizaći (ili koje iščekujemo) iz ponašanja, koji unapred stvaramo.

Iz sadržine navedenih odredbi, pritvorskih osnova, moguće ponašanje okrivljenog stvara bojazan po *tok* postupka, odnosno kako je to navedeno u naslovu XVII glave ZKP/76, uspešnost krivičnog postupka. U pogledu koluzione opasnosti kao pritvorskog osnova, zakon postavlja uslov, prema kome bojazan mora biti „osnovana”, što će reći da se vrednuje „po istini” a ne po osećanjima. Drugim rečima, bojazan mora kao osnovana da se zasniva na nekim pretpostavkama. I u tač. 3. st. 2. člana 191. ZKP/76 se uslovljava da samo „osobite okolnosti opravdavaju bojazan” da će okrivljeni ponoviti, dovršiti pokušano ili počiniti krivično delo kojim preti. Po oba osnova, bojazan, koju zakon inače ne definiše, predstavlja nejasan razlog — pretpostavku neodređenog stepena verovatnoće. Bojazan nije činjenično objašnjiv pojam pa se činjenicama ne može ni osporavati, što je za žalbu i žalbeni postupak povodom rešenja o pritvaranju, zbog moguće arbitarnosti, od suštinskog značaja. Osnovana bojazan

⁴ Marija Stjuart.

⁵ Rečnik srpskohrvatskog jezika, Matica srpska—Matica hrvatska, I tom; A—E, Novi Sad, 1967, str. 242.

⁶ Dejvid Kreč—Richard Kračifild, *Elementi psihologije*, Naučna knjiga, Beograd, 1978, IV izdanje, str. 244.

⁷ *Ibid.*, str. 244.

je samo za nijansu veći stepen verovatnoće od gole pretpostavke⁸ da će ce uticati na verbalne dokaze i materijalne tragove i dokaze. Samo bojazan (pa makar bila i osnovana) je apstraktan pojam koji se ne može ničim konkretnim objasniti ili braniti, pa ni nečim konkretnim *osporavati*. Kao ni „osnovanost”, tako ni „osobite okolnosti” nisu zakonom definisane i ma koliko bile objektivizovane, bojazan ostaje bezobalan, neproverljiv pojam, koji ne može biti objašnjen ni svojim zakonskim uslovom. Zbog navedenih formulacija je očigledno da bojazan kao „činjenica” u odredbama o pritvoru, ne može da se podudara sa „činjenicama” o bojazni u stvarnosti, te je pravni silogizam — zaključak, neizvodljiv.⁹

U našoj teoriji, posebno među piscima komentara ZKP nema pokušaja objašnjenja „bojazni” u razmatranju odgovarajućih odredbi o pritvoru.¹⁰ Uglavnom se zahteva da bojazan bude osnovana ili da je osobite okolnosti opravdavaju. Odnosno da za taj najsporniji razlog za određivanje pritvora kakav su „osobite okolnosti” mora postojati visok stepen verovatnoće¹¹ jer ga zakon ne određuje. U suštini se traži da se utvrde i navedu činjenice koje bi bile temelj osnovanosti ili da činjenice pokazuju da su okolnosti osobite, konkretne, sa navođenjem radnji (ranije ponašanje okrivljenog) ili drugih okolnosti koje se tiču okrivljenog. Naravno zakonski osnovi to eksplicitno ne sadrže, a u praksi su često umesto posebnog obrazloženja, pritvorski osnovi prepisivani ili parafrazirani. Nemali udeo u rešenjima o pritvaranju imao je i ima čl. 192. st. 2. ZKP/76 jer propisuje da rešenje, među ostalim, sadrži i kratko obrazloženje, s tim što će ce osnov za određivanje pritvora posebno obrazložiti. Dakle, nije propisano šta mora da sadrži kratko obrazloženje i posebno obrazloženje pritvorskog osnova (postupnost i određenost u izlaganju činjenica i dokaza o postojanju razloga) već je prepušteno praksi da od slučaja do slučaja kreira odluke, što je široko „otvorilo vrata” samovolji.

III. UPOREDNO-PRAVNI PREGLED

Zakon o krivičnom postupku Savezne Republike Nemačke (StPO)¹² u § 112. ne sadrži izraz bojazan, kao sastavni deo pritvorskog osnova. Naprotiv, st. 2. tač. 3. propisuje da razlozi za određivanje pritvora postoje kada se pokaže „na osnovu tačno utvrđenih činjenica” da bi okrivljeni koji je odmah osumnjičen, s obzirom na svoje postupke mogao uništiti, izmeniti, zadržati ili falsifikovati dokazni materijal, ili na nepošten način uticao na saokrivljene, svedoke, veštake ili dati povoda za druga slična

⁸ Dr Jovan Pavlica—dr Miomir Lutovac, *Zakon o krivičnom postupku u praktičnoj primeni*, Jugoslovenski zavod za produktivnost rada, Beograd, 1985, str. 299.

⁹ Radomir D. Lukić, *Metodologija prava*, SANU, 1977, str. 233.

¹⁰ Misli se pre svega na komentare T. Vasiljevića/M. Grubača, zatim Branka Petrića, M. Jemrića i već navedeni pod napomenom pod 8.

¹¹ J. Pavlica—M. Lutovac, *op. cit.*, str. 300.

¹² Strafprozeßordnung / Zakon o krivičnom postupku SRJ (uporedni srpski i nemački tekst), „Centar marketing”, Beograd, 1977, od 07. 04. 1987.

postupanja. Naravno, zakon traži da usled toga postoji opasnost da bi utvrđivanje istine bilo otežano (opasnost od zatamnjenja istine). Takođe, u čl. 112a u slučaju nekih dela pobrojanih prema paragrafima (neki teži krvni, seksualni, imovinski delikti i dr.) bilo da je okrivljeni osumnjičen da je neka učinio, a druga ponovio ili nastavlja da čini krivična dela, a „tačno utvrđene činjenice” ukazuju na postojanje opasnosti da bi okrivljeni pre pravosnažnosti presude mogao učiniti i druga krivična dela. Dakle, reč je o preventivnom pritvoru zbog razloga javne bezbednosti, što se kao rešenje može uočiti i u nekim drugim zakonima, pa i u ZKP/76, t. 3. st. 2. čl. 191. Francuski zakon o krivičnom postupku¹³ (Code de Procedure Penale) u čl. 144. predviđa da u materiji delikta kada je zaprećena kazna godinu dana ili veća u slučaju flagrantnog delikta ili pak za druge slučajeve, dve godine ili veća, a sudska kontrola nije dovoljna, pritvor može biti određen zbog koluzione opasnosti ili zbog razloga javne bezbednosti. U oba osnova se ne spominje bojazan. Naime, u slučaju koluzione opasnosti u tač. 1. se propisuje da se pritvor određuje ili produžava, ako je to jedini način da se sačuvaju dokazi ili materijalne indicije ili da se spreči pritisak na svedoke ili oštećene, ili da se spreči nedozvoljeno dogovaranje između okrivljenih i saučesnika. U tač. 2. je propisano da se pritvor određuje kada je neophodno radi očuvanja javnog reda od poremećaja stvorenog izvršenjem dela ili radi zaštite okrivljenog, da bi se prekinulo izvršenje krivičnog dela ili pak sprečilo njegovo ponavljanje, ili da bi se obezbedilo prisustvo okrivljenog radi stavljanja na raspolaganje pravosudnim organima.

Zakon o krivičnom postupku Slovenije¹⁴ (Zakon o kaznenom postupku) u čl. 201. st. 1. tač. 2. je zadržavao rešenje iz ZKP/76 u pogledu koluzione opasnosti zadržavajući osnovanu bojazan („če je opravljena bojazen”) da bi mogli biti uništeni tragovi krivičnog dela, odnosno da posebne okolnosti ukazuju da bi okrivljeni ometao tok postupka tako što bi uticao na svedoke, saučesnike i prikrivače. No u Sloveniji je u pogledu pritvora vredno napomenuti da je, prema izmenama navedenog zakona od 23. 10. 1998. g., čl. 199a, predviđen i kućni pritvor za sve zakonske osnove.

Zakon o kaznenom postupku Hrvatske¹⁵ u čl. 102, st. 2. t. 3. sadrži isto rešenje iz ZKP/76, čl. 191. st. 2. t. 3, zadržavajući da „osobite okolnosti opravdavaju bojazan”, da se pritvor odredi iz razloga javne bezbednosti (da će ponoviti, dovršiti pokušano delo ili izvršiti ono kojim preti). U t. 2. navedenog stava u hrvatskom zakonu za koluzionu opasnost se traži osnovana sumnja a ne bojazan.

Kanadski krivični zakonik čl. 448—451 (Criminal code)¹⁶ propisuje da javni interes bude onaj razlog zbog kojeg se određuje pritvor radi

¹³ Code de Procedure Penale, Da Koz, 10. 06. 1970, izmene 1987—1988.

¹⁴ Založba Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 1999, 72/3622, od 23. 10. 1998. izmene i dopune.

¹⁵ Narodne novine, Zagreb, 1977 (Narodne novine, br. 110/97), 26. rujna 1977.

¹⁶ Pocket Criminal Code, As Amended, 1. I 1987, Carswell, Toronto—Calgary—Vancouver 1987, str. 234—236.

obezbeđenja dokaza, da se ne bi nastavilo, ponovilo ili učinilo drugo delo (ovde se navode samo oni osnovi koji se tiču teme kojom se bavimo).

Zakon o krivičnom postupku SR Nemačke (StPO) u § 114. st. 2. tač. 4. propisuje da naredba o pritvoru mora da sadrži činjenice iz kojih proizilazi osnov zbog kojih je okrivljeni osumnjičen i osnov za određivanje istražnog zatvora, ukoliko time ne bi bila ugrožena sigurnost države (čl. 118. predviđa i usmenu raspravu o osnovanosti istražnog zatvora). I hrvatski Zakon o kaznenom postupku, vrlo liberalan i lišen pravnog konzervativizma u čl. 103. st. 2. određuje da će se u obrazloženju pritvorskog rešenja određeno i potpuno izložiti činjenice i dokazi iz kojih proizilazi postojanje razloga, odnosno opasnosti ili bojazni, iako u tom zakonu neki pritvorski osnovi sadrže pravne standarde, kao što su: „osnovana sumnja” i „osobite okolnosti koje opravdavaju bojazan”. I pored toga, zakon obavezuje sud da utvrdi istinu („određeno i potpuno izložiti činjenice i dokaze”) i u pogledu odluke o pritvoru, a ne da zakon daje osnov za izuzetak za odstupanje od načela utvrđivanja istine. Zakon o krivičnom postupku Slovenije propisuje da se pritvorski osnovi moraju obrazložiti odlučnim činjenicama (čl. 202. st. 2) iako u pritvorskim osnovima ima neke pravne standarde. Zakon o krivičnom postupku Istočne Nemačke iz 1986. g., države koja pripada istoriji, kao i njeno pravo, u pogledu pritvora je imao vrlo precizna rešenja. U § 122. st. 2. sumnja u bekstvo je postojala kada su utvrđene činjenice iz kojih se može zaključiti da će okrivljeni pobeći ili se sakriti. Prema st. 3. je bilo predviđeno da opasnost od sakrivanja ili uništavanja dokaza postoji kada su na to upućivale utvrđene činjenice iz kojih se može zaključiti da će okrivljeni uništiti tragove krivičnog dela ili zbog uklanjanja dokaznog materijala kao i uticanje na svedoke da lažno svedoče ili ne svedoče ili pak da saučesnici lažno svedoče. Posebno je važno da je u st. 4. bilo predviđeno da činjenice iz kojih proizilaze pretpostavke za nalog za zatvaranje moraju biti *dokazive*, što je primer više preciznog nemačkog duha.¹⁷

IV. NAČELO UTVRĐIVANJA ISTINE I PRAVO NA ODBRANU

U određivanju pritvora prema čl. 191. st. 2. tač. 2. i 3. ZKP je bitno da (kao i za t. 1. i t. 4) bude ispunjen opšti uslov za fakultativni pritvor a to je da postoji „osnovana sumnja da je određeno lice učinilo krivično delo, a ne postoje uslovi za obavezni pritvor”. Od posebnih uslova za osnove koje ovde razmatramo, nužno je da postoji „osnovana bojazan” (t. 2) i da bojazan opravdavaju osobite okolnosti (t. 3). Ni „osnovanoj sumnji”, ni „osnovanoj bojazni”, ni „osobitim okolnostima (koje) opravdavaju bojazan” zakonodavac nije definisao značenje, već je to prepustio praksi. Navedeni izrazi predstavljaju pravne standarde. Pravni standard je pojam upotrebljen u pravnim normama koji menja svoju konkretnu sadržinu za-

¹⁷ Straßprozeßordnung, Textausgabe, 1986 Berlin, vom 28. 06. 1979, str. 25.

visno od svakog konkretnog slučaja, a ipak ostaje u suštini isti. Pošto je nemoguće da se ta sadržina odredi unapred za svaki konkretan slučaj to se upotrebljavaju neodređeni pojmovi.¹⁸

Sumnja u krivičnom postupku je pretpostavka čija verovatnoća proizilazi iz *odnosa* više saznanja o krivičnom delu. „Osnovana sumnja” se odnosi na događaj iz stvarnosti, krivično delo, pa ga je kao pravni standard lakše odrediti, mada je neodređen pojam normativnog karaktera.¹⁹ Naravno, sumnja mora biti osnovana, čime je zapravo uslovom za osnovanošću, *vrednovana*. Dakle, ne samo da je zakonodavac uslovljava do visine osnovanosti, nego i sud u primeni tog zakonskog osnova mora da vrednuje saznanja o krivičnom delu i njihov odnos jer, zakon za tu fazu postupka ne traži utvrđivanje činjenica sa onim stepenom verovatnoće koji mora biti sadržan u presudi.

I „osnovana bojazan” kao deo osnova za pritvor propisuje da puka „bojazan” nije dovoljna, već mora imati određeni kvalitet, čime je i ona uslovom za osnovanošću, *vrednovana*. Ni za ovaj osnov zakon eksplicitno ne traži utvrđivanje činjenica, već su dovoljne indicije ili osnovi podzrenja. „Osobite okolnosti” koje opravdavaju bojazan da će okrivljeni nastaviti sa kriminalnom delatnošću pa je zbog razloga (ustavnih, po ranije navedenom Ustavu iz 1974. g.) „bezbednosti ljudi”, takođe je zakonom određeno da te buduće okolnosti budu vrednovane „osobitošću”. I za ovaj osnov su dovoljne indicije, dok zakon eksplicitno ne traži utvrđivanje činjenica. Dakle, i opšti uslov za fakultativni pritvor, iz tumačenja zakonskog teksta, ne moraju biti činjenični sudovi, a činjenični su oni sudovi čija je sadržina *podređena* dokazu istinitosti ili neistinitosti. Odlika činjeničnih sudova je pre svega da su *dokazivi*, obzirom da je sud spoj pojmova kojima se nešto tvrdi ili poriče.²⁰ Sa druge strane, vrednosni sudovi su oni sudovi čija sadržina nije *podređena* dokazu, proveriti istinitosti ili neistinitosti. Vrednosni sudovi nisu dokazivi jer se njima vrši vrednovanje, prosuđivanje, ističe način shvatanja ili daje ocena nečijeg postupka pojave, stanja.²¹ Vrednosni sud takođe može biti tvrdnja o nečemu ili poricanje nečega, ali ga od činjeničnog suda kao subjektivnog mišljenja razlikuje to što ne podleže *proveri* istinitosti ili neistinitosti. Istinitost ili neistinitost činjeničnih sudova nije zajednički imenilac i vrednosnim sudovima, jer se vrednosni sudovi ne mogu objektivno i za sve utvrditi na prihvatljiv način, pa ni proveriti.

U čl. 192. st. 2. ZKP/76 koji propisuje sadržinu rešenja o pritvaranju, među ostalim elementima rešenja, propisuje se da ono sadrži kratko obrazloženje, ali i da osnov za pritvor bude posebno obrazložen. Isto tako, čl. 15. st. 1. navedenog zakona, u Osnovnim načelima, određuje da je

¹⁸ *Pravna enciklopedija*, O—Ž, Savremena administracija, 1985, str. 1227.

¹⁹ Dr Radomir Lukić, *Uvod u pravo*, „Naučna knjiga”, Beograd, sa dr B. Košutićem, 1978, str. 336.

²⁰ Dr Gajo Petrović, *Logika*, Školska knjiga, Zagreb, 1977, X izdanje, str. 42.

²¹ Dr Vladimir Vodinelić, *Sukob ličnih prava i slobode mišljenja*, Pravni život, br. 9—10/1992, str. 2039, 2045.

sud u krivičnom postupku dužan da istinito i potpuno utvrdi činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite odluke. Dakle i rešenja o pritvoru, a ne samo presude za koju je u čl. 357. st. 7. ZKP/76 određeno da će sud određeno i potpuno izneti koje činjenice i iz kojih razloga uzima kao dokazane ili nedokazane. Iz poređenja navedenih članova (a posebno iz čl. 192. st. 2) sa pravnim standardima iz fakultativnih pritvorskih osnova čl. 191. st. 2. tač. 1—3. može se zaključiti da su „osnovana sumnja“, „druge okolnosti“ (?), „osnovana bojazan“ i „opravdana bojazan“ — zakonski izuzetak kojima se odstupa od načela (dužnosti) utvrđivanja istine u krivičnom postupku.²² Tih izuzetaka ima više i mišljenja u teoriji su podeljena u pogledu opravdanosti svih izuzetaka i osnovanosti uslova koji ih čine izuzetkom.²³

Odstupanje od načela utvrđivanja istine u postupku i to u zakonskoj formi, *uvek je* ograničenje ili onemogućavanje, ukidanje prava na *odbranu*, kako materijalnu tako i formalnu što se ničim ne može braniti. Iz analize pravnih standarda, jasno je da razmatrani uslovi za pritvor omogućuju zbog sadržine osnova, jer se eksplicitno ne traži utvrđivanje činjenica, da odluka o pritvoru u obrazloženju bude pravdana vrednosnim sudovima o ličnosti okrivljenog ili vrednovanjem okolnosti pritvorskih razloga. Navođenje činjeničnog stanja je potrebno, pošto je bez njega nemoguća uspešna kontrola zakonitosti.²⁴ Čl. 15. st. 2. ZKP/76 obavezuje sud da ispituje i utvrdi kako činjenice koje terete okrivljenog „tako i one koje mu idu u korist“. Prema rešenju kakvo je u postojećem zakonu o pritvorskim osnovama (t. 2. i 3) osnovno načelo iz čl. 15. ZKP/76 je zanemareno, mada po čl. 15. nema izuzetaka od dužnosti utvrđivanja istine. Ni čl. 1. st. 2. ZKP/76, a isti član i stav glase prema Predlogu ZKP/2000, propisuje da okrivljeni može biti ograničen u svojoj slobodi (i drugim pravima) samo uz uslove koje određuje ovaj zakon. Ali zakon granice i ograničenje slobode iako izričito predviđa, ne precizira jasnim normama. Ni to što okrivljeni ima pravo na odbranu tokom celog postupka nije brana od neodređenih odluka o pritvoru a na temelju nejasnih odredbi u zakonu. Mada zakon obavezuje sud da rešenje o pritvoru sadrži kratko obrazloženje uz posebno obrazloženje pritvorskog osnova, nije precizirano šta tačno obrazloženje mora da sadrži. Obrazloženje je naročito potrebno kod akata kod kojih se vrši diskreciona vlast,²⁵ što je u određivanju pritvora najizraženije, pogotovu kada pritvorski osnov čine normativno neodređeni pojmovi.

U obrazloženju odluke, vrednosni sudovi-iskazi se prepoznaju po tome što su eventualno podložni proverbi pravilnosti (ispravnosti)—nepravilnosti (neispravnosti), zasnovanosti—nezasnovanosti, ubedljivosti—neubed-

²² Dr Mladen Grubiša, *Činjenično stanje u krivičnom postupku*, drugo dopunjeno i izmenjeno izdanje, „Informator“, Zagreb, 1980, str. 26.

²³ *Ibidem*, str. 23.

²⁴ *Uvod u pravo — hrestomatija — građa za ispit*, Pravni fakultet, Beograd, 1991. Dr Mil. Č. Marković, *Pravna država*, Beograd, 1939, str. 137.

²⁵ *Ibidem*, str. 25.

ljivosti, prihvatljivosti—neprihvatljivosti i sl.²⁶ što se vrlo često može pročitati i u sudskim presudama, ali zato vrednosni iskazi nisu dostupni dokazu ne/istinitosti.²⁷ Zato takve odluke ograničavaju ili onemogućuju odbranu kroz osporavanje takvih pritvorskih rešenja zasnovanih na pravnim standardima. Naime, konkretnu sadržinu pravnog standarda određuje sudija u datom slučaju obzirom na sve konkretne okolnosti.²⁸ Obzirom na to, diskreciona vlast sudije je pri odlučivanju o pritvoru nejasno ograničena, jer postavljanje pravila nije dovoljno da bi državni organi poštovali pravila, potrebno je imati i jemstva da će organi ta pravila poštovati.²⁹ Naravno tih jemstava u sadašnjem zakonu nema, pa je pravo na odbranu u takvim okolnostima ozbiljno dovedeno u pitanje. Ovo posebno stoga što kod pravnih standarda kao normativno neodređenih pojmova, norma sadrži jedan opšti pojam tzv. „kaučuk” pojam, npr. pojam „savesnosti”, „dobrih običaja”, „zloupotrebe prava”, „savesnosti i poštenja”, čiju sadržinu treba ispuniti sudom vrednosti.³⁰ I u odlukama o pritvoru sudija „kaučuk” pojmove kao „osnovana sumnja”, „osnovana bojazan” ili „osobite okolnosti (koje) opravdavaju bojazan” ispunjava sudom vrednosti. Stoga, pritvorski osnovi sačinjeni od neodređenih pojmova normativnog karaktera, tačnije „kaučuk” pojmova, koje sudija ispunjava sudom vrednosti, predstavljaju procesne jednačine sa nepoznatim brojem nepoznatih što otvara mogućnost *inverzije zakonitosti* sa dalekosežnim posledicama.

V. PREDLOG ZA PROMENE

Iz uporedno-pravnog pregleda analiziranih osnova se vidi da su i postojeća i predložena rešenja našeg zakonodavstva daleko od savremenih procesnih zakona, pa čak i ispod nivoa nekadašnje izrazito autoritarne države Istočne Nemačke (DDR) u pogledu pritvorskih osnova. Stoga je nužno da se jugoslovenski postupak korenito izmeni, poboljša, osavremeni i u delu koji se odnosi na pritvor.

Pre svega, pravne standarde ne bi trebalo zadržati u fakultativnim osnovima za pritvor, dok bi „osnovanu sumnju” kao opšti uslov za pritvor (obavezni i fakultativni) trebalo formulisati tako (da je nužno) da se zasniva na dokazivim pretpostavkama, odnosno da proizilazi iz utvrđenih činjenica. Ovo tim pre, jer ono što se ne može zasnivati na činjenicama, ne može se ni osporavati činjenicama, jer bi bila dovedena u pitanje ideja

²⁶ Dr V. Vodinelić, *op. cit.*, str. 2046.

²⁷ *Ibidem*, 2046.

²⁸ *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada* (M. Marković, *Generalne klauzule — fragmentarna skica za sudiju o pravnom standardu*, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, 1968, str. 12), I—III, tom prvi, Novinsko-izdavačka ustanova „Službeni list SFRJ”, Beograd, 1978, str. 574.

²⁹ Dr Kosta Čavoški, *Pravo kao umeće slobode, Ogled o vladavini prava*, Izd. zadruga „Politika i društvo”, Beograd, i Agencija „Draganić”, str. 102—111.

³⁰ *Enciklopedija imovinskog prava i prava udruženog rada*, M. Marković, *op. cit.*, str. 574.

pravde. Još je Čezare Bekarija rekao: „... prema sadašnjem stanju kaznenog prava, ideja sile i moći (je) jača u očima javnosti od ideje pravde.”³¹

Stoga bi osnov za pritvor u pogledu koluzione opasnosti trebao da glasi:

— ako se na osnovu utvrđenih činjenica može osnovano zaključiti da će okrivljeni uništiti, sakriti, izmeniti ili falsifikovati dokaze ili tragove krivičnog dela, ili ako se na osnovu utvrđenih činjenica može zaključiti da će ometati prvostepeni postupak uticanjem na svedoke, saučesnike, prikrivače, veštake i specijaliste da lažno svedoče ili da ne učestvuju u dokaznom postupku (čl. 191. st. 2. tač. 2).

U pogledu sprečavanja buduće kriminalne delatnosti okrivljenog, pre svega bi ustav u delu o pritvoru, morao biti dopunjen novim stavom, po kome pritvor može biti određen „radi bezbednosti ljudi i imovine” ili „javne bezbednosti”. Stoga bi predlog za taj osnov glasio:

— ako se na osnovu utvrđenih činjenica ili ako utvrđene činjenice ukazuju da će okrivljeni nastaviti sa vršenjem krivičnih dela a posebno da će ponoviti krivično delo ili dovršiti pokušano delo.

Nezavisno od navedenih fakultativnih osnova za pritvor, okrivljeni bi po „novom” posebnom osnovu mogao biti pritvoren i ako postoji osnovana sumnja, zasnovana na tačno utvrđenim činjenicama da će okrivljeni učiniti krivično delo kojim preti, ili ga priprema ili podstiče.

Činjenice na osnovu kojih se donosi odluka o pritvoru moraju biti dokazive.

Rešenje o pritvoru pored dosadašnjeg rešenja moralo bi sadržati i obavezu suda da u obrazloženju rešenja određeno i potpuno izloži sve činjenice i sve dokaze iz kojih proizilaze razlozi za pritvor na kojima zasni-va svoju odluku.³²

Propisivanje kućnog pritvora za sve osnove bi sigurno doprinelo radu sudija prilikom odlučivanja o pritvoru kao meri kojom se ograničava ustavom zajemčena sloboda boravka i kretanja, jer bi se uz zadržavanje klasičnog pritvora, omogućio pritvor van ambijenta istražnog zatvora.

U odluci Ustavnog suda Republike Srbije IU. br. 58/91 od 17. 12. 1991. g. („Službeni glasnik RS”, br. 75/91, str. 3188) utvrđeno je da je odredba čl. 218. KZ Republike Srbije, krivično delo širenje lažnih vesti, u delu koji glasi „neraspoloženje ili” i u delu koji glasi „ili da se umanjji poverenje građana u takve odluke i mere” (državnih organa i ustanova) nije u saglasnosti sa Ustavom te je prestala da važi danom objavljivanja odluke 17. 12. 1991. g. Nesaglasnost sa Ustavom se ogleda u tome što „neraspoloženje” predstavlja subjektivni, emotivni odnos građana prema

³¹ Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene* (*O zločinima i kaznama*), prijevod Antuna Cvijana, Logos, Split, 1984, str. 110. Na istoj strani dodaje: „... pritvor (je) više kazna nego način da se spriječi bijeg okrivljenika”; dakle, još 1764. g. kada se delo pojavilo.

³² Naravno postojao bi samo izuzetak u slučaju ugrožavanja bezbednosti države, kada se zbog čuvanja državne tajne koja se tiče bezbednosti države ne bi iznosile one činjenice koje se tiču krivičnih dela kojom se ugrožava bezbednost države. Isto rešenje sadrži i StPO / Nemački ZKP, čl. 114. st. 2. tač. 4.

određenim vestima ili tvrđenjima. Polazeći od neodređenosti pojma „neraspoloženje”, Ustavni sud smatra „da to stvara mogućnost arbitrnosti u krivičnom postupku i može dovesti u pitanje ostvarivanje sloboda i prava građana”. Dakle, posle 32 godine krivično delo širenje lažnih vesti je prešlo put od KZ FNRJ („Službeni list FNRJ”, br. 30. od 29. 07. 1959. g.) sve do KZ Republike Srbije, i stvaralo a i danas stvara arbitrnost u krivičnom postupku i dovodi u pitanje ostvarivanje sloboda i prava građana. Ipak, navedena odluka Ustavnog suda, dobar je primer za razmišljanje i podsticaj za promene pritvorskih osnova o kojima je reč u ovom radu.

Predložene promene bi umanjile udeo krivično-procesnog inženjeringa u socijalnom inženjeringu u ovom društvu sužavajući formalnu mogućnost da država bude merilo svih vrednosti, a da pravo na odbranu ne bude žrtvovano i odstupanjem od dužnosti utvrđivanja istine, prilikom odlučivanja o pritvoru. Precizni razlozi za pritvor doprineli bi ne samo jezičkoj jasnoći, već bi i onemogućili procesni misticizam pritvorskih osnova. Savezni Ustavni sud je 07. 12. 2000. g. odlučio (uz još neke članove ZKP) da je odredba čl. 191. st. 2. t. 3. ZKP nesaglasna sa Ustavom SRJ, „Sl. list SRJ”, br. 71. od 22. 12. 2000. g., str. 3. Ipak, Ustav Srbije u čl. 16. st. 1. „bezbednost ljudi” sadrži kao pritvorski osnov.

THE PRIMARY FEAR AND SPECIAL CONDITIONS WHICH EXCUSE FEAR LIKE A PART OF ARREST REASON IN CRIMINAL PROCEDURE

(according to Criminal Procedure from 1976—1985)

— Law standards like a limitation of right of defense —

Djordje P. Mamula

S u m m a r y

The author analyzes the legal solutions about arrest which consist of the primary fear and special conditions which excuse fear, like a part of arrest reason. He thinks that such legal standards are not clear, because that is no facts, and it is not possible to contest such „reasons” like personal fear. Author means that Criminal Procedure obliges in general principles Court to establish a facts and truth about arrest.

Key words: fear, arrest, accused, defense.