

Г Л А С Н И К

А Д В О К А Т С К Е К О М О Р Е В О Ј В О Д И Н Е

Ч А С О П И С З А П Р А В Н У Т Е О Р И Ј У И П Р А К С У

Година LXXXVI

Нови Сад, јул–август 2014

Књига 74

Број 7–8

Ч Л А Н Ц И

UDC 343.1 (497.11)

Проф. др Момчило Грубач,
Правни факултет универзитета Унион у Београду

ШТА ЈЕ НЕУСТАВНО У НОВОМ ЗАКОНИКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ*

САЖЕТАК: Према уводним напоменама аутора, циљ овога рада је да отвори расправу о уставности појединих одредаба новог ЗКП Србије који је донет пре скоро три године (2011). Пет досадашњих измена и допуна тога Законика и бројне стручне расправе које су до сада о њему вођене нису, осим у једном случају, покретале то важно питање. Ауторова анализа указује да најмање 27 одредаба Законика нису у сагласности са Уставом Републике Србије и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. То су одредбе чл. 5. ст. 2, чл. 8, чл. 296, чл. 297, чл. 331, чл. 133, чл. 140, чл. 157. ст. 1, чл. 251, чл. 286. ст. 3, чл. 357. ст. 3, чл. 300. ст. 2, чл. 300. ст. 4, чл. 300. ст. 6, чл. 300. ст. 7, чл. 363. т. 5, чл. 366, чл. 390. ст. 5, чл. 350. ст. 1, чл. 395. ст. 4, чл. 376. ст. 2, чл. 406, чл. 443. ст. 2, чл. 506. ст. 3, чл. 506. ст. 4, чл. 507. ст. 2. и чл. 608. Законика о кривичном поступку. Уз сваку оспорену одредбу аутор је дао кратко образложење.

Кључне речи: Устав, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, Законик о кривичном поступку, право на правичан поступак, право одбране окривљеног, право на жалбу, право окривљеног на ћутање, кривично гоњење, отварање истраге, саслушање окривљеног, испитивање сведока и вештака, ноћно претресање, надзор телефонских комуникација, суђење у одсуству окривљеног, преклузија доказа одбране, лажни исказ сведока.

* Рад примљен: 22. 8. 2014. године.

Увод

Законик о кривичном поступку, донет септембра 2011. године, почео је да се редовно примењује тек од 1. октобра 2013. године.¹ До тада је тај Законик три пута мењан: први пут, да би се отклониле неке непрецизности везане за предмете у којима поступају јавна тужилаштва посебне надлежности (*Службени гласник РС*, 101/2011); други пут, да би се у скраћеном поступку за нека кривична дела омогућила замена адвоката адвокатским приправником, а истовремено укинула одредба да у поступку за кривична дела за која је прописан затвор од десет година или тежа казна адвокат може бити само онај који има најмање пет година адвокатске праксе или је толико времена био судија, јавни тужилац или заменик јавног тужиоца, и да би се вратила грешком испуштена одредба о одређивању или укидању притвору после изрицања првостепене пресуде – чл. 425а (*Службени гласник РС*, 32/2013) и трећи пут, да би се искључила могућност да се као сведок сарадник ангажује лице осуђено на казну затвора од четрдесет година, а не само организатор криминалне организације (*Службени гласник РС*, 45/2013). Била је планирана и четврта измена, најрадикалнија и најобимнија, да би се одустало од неких решења за која је накнадно оцењено да су неприхватљива (нпр. потпуно укидање принципа материјалне истине и судске одговорности за утврђено чињенично стање, повратак ванредног правног лека за испитивање законитости правноснажне пресуде и др.), али она није спроведена до краја, иако је био сачињен обиман Нацрт Закона о изменама и допунама ЗКП (од 16. новембра 2012) и обављена широка јавна расправа о њему. Из непознатих разлога та измена није реализована, тако да је Законик почео да се примењује са једним бројем недостатака на које је још у поступку његовог доношења указивала стручна јавност, а касније и надлежно министарство. После почетка опште примене (1. октобар 2013) Законик је мењан још једном (*Службени гласник РС*, 55/2014), после одлуке Уставног суда којом је утврђено да је једна његова одредба (чл. 286) неуставна.² Сваким пажљивијим читањем Законика стиче се уверење да треба очекивати његове даље бројне измене и допуне.

Досадашње измене и допуне Законика и стручне расправе које су до сада о Законику вођене нису, осим у једном случају, покренуле основно и најважније питање: да ли су његове одредбе у складу са Уставом Републике Србије и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Овај рад има циљ да отвори расправу о том питању. У њему ћемо

¹ До тада се примењивао само у кривичним поступцима за организовани криминал и ратне злочине који су у надлежности посебног одељења београдског Вишег суда, односно Вишег јавног тужилаштва.

² Прилика је искоришћена да се отклоне и неки други пропусти, од којих је најзначајнија интервенција у чл. 197. који је допуњен забраном посеђивања одређених места.

навести 27 одредаба новог Законика које, према нашем мишљењу, изазивају сумњу са гледишта уставности, па би због тога требало да буду предмет испитивања и оцене надлежних органа. У тексту који следи ми тврдимо да су наведене одредбе Законика неуставне, али треба имати у виду да је та тврдња релативна и условна, јер се неуставност утврђује само одлуком Уставног суда после законом спроведеног поступка.³

Неуставности у Законику о кривичном поступку, према нашем мишљењу, су следеће:

1. Против аката којима се започиње кривично гоњење (чл. 5. ст. 2. ЗКП) и наредбе о отварању истраге (чл. 296. ст. 1. ЗКП) није предвиђен правни лек, односно судска заштита

а) Према одредби чл. 5. ст. 2. „Кривично гоњење започиње: 1) првом радњом јавног тужиоца, или овлашћених службених лица полиције на основу захтева јавног тужиоца, предузетом у складу са овим закоником ради провере основа сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело; 2) подношењем приватне тужбе.”

б) Истрага се покреће наредбом надлежног јавног тужиоца (чл. 296. ст. 1), дакле одлуком против које Законик не предвиђа могућност употребе правног лека.

Наведене одредбе о почетку кривичног гоњења и покретању истраге проблематичне су са гледишта сагласности са Уставом. Према тим одредбама, осумњичени грађанин према коме је предузето кривично гоњење, па чак и кад је према њему покренута истрага коју законодавац третира делом кривичног поступка, нема никакво правно средство за одбрану од арбитрарног поступка јавног тужиоца. Ни једно, ни друго није у складу са уставним начелом владавине права, нити са чл. 36. ст. 2. Устава према коме свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу. Нема никакве сумње да се у случају предузимања кривичног гоњења по чл. 5. ст. 2, још мање у случају покретања истраге по чл. 7. т. 1. и чл. 296, ради о актима државних органа којима се установљава обавеза осумњиченог да

³ Треба још напоменути да смо у овој анализи имали у виду и Одлуку Уставног суда Хрватске од 19. јула 2012. којом су делимично или у целини укинуте 43 одредбе новог хрватског Закона о казненом поступку из 2008. године који је, као и наш Законик, увео тужилачку истрагу и друге установе адверсаторног кривичног поступка. Како је служио као узор приређивачима нашег Законика из 2011. године, неки његови недостаци постали су заједнички за оба акта. После Одлуке Уставног суда у Хрватској су извршене обимне и значајне измене ЗКП (*Народне новине*, 56/2013. и 145/2013) којима је основни циљ био да се отклоне уочене неуставности и несагласности са Европском конвенцијом о људским правима.

трпи кривични поступак и дира у његово право и интерес да живи у миру и сигурности. У случају отварања истраге, тај акт је у форми наредбе против које жалба није дозвољена, а у случају из чл. 5. ст. 2. никаква одлука формално не постоји, али постоји у материјалном смислу и изражава се у радњи јавног тужиоца коју, он сам или посредством полиције, предузима да би утврдио да ли постоје основи сумње да је учињено кривично дело и да ли је одређено лице учинило кривично дело.⁴

2. Поука о правима окривљеног (чл. 8) није довољна гаранција за остваривање права на одбрану (чл. 33. ст. 2. Устава РС)

Да би остварио право на одбрану из чл. 33. ст. 2. Устава окривљени мора да зна која појединачна права чине опште право одбране. Да би то сазнао, он се мора о томе поучити од стране органа гоњења. У чл. 8. Законик предвиђа *поуку о правима* која садржи две веома уопштене одредбе: (1) Орган поступка је дужан да у складу са одредбама овог законика поучи окривљеног или другог учесника у поступку о правима која му припадају; и (2) Ако би окривљени или други учесник у поступку услед незнања могао да пропусти неку радњу или не искористи своја права, орган поступка је дужан да га упозори на последице пропуштања.

Те одредбе нису довољна и сигурна гаранција да ће окривљени заиста бити тачно и потпуно информисан о правима која му у кривичном поступку припадају. Није довољна ни нешто конкретнија одредба чл. 68. ст. 2. према којој је орган поступка дужан да пре првог саслушања поучи окривљеног, односно ухапшеног о појединим, не свим, правима која му припадају у поступку. Тако, на пример, орган поступка није дужан да окривљеног поучи о праву да се може служити својим језиком, да има увид у списе итд. (а кад је у питању ухапшени, да има право да захтева да се о хапшењу обавесте њему блиска лица и право на лекарски преглед итд.). Поред тога, одредба чл. 68. ст. 2. поуку о правима веже за прво саслушање окривљеног које у претходном поступку није предвиђено као обавезно, а ако га јавни тужилац и планира може га оставити за сам крај истраге. Из тога излази да окривљени у читавом претходном поступку може остати без икакве поуке о правима. Према једној директиви ЕУ⁵ та поука мора бити у писаној форми, преведена на језик којим се служи, мора бити конкретна, садржати читав каталог права која окривљеном припадају и мора му бити уручена.

⁴ Детаљније о томе, М. Грубач, Отварање истраге према новом Законнику о кривичном поступку Србије, *Правни записи*, /2014.

⁵ Види: З. Ђурђевић, „Осврт на резултате рада радне скупине министарства правосудја за усклађивање Закона о казненом поступку с Уставом Републике Хрватске”, *Хрватски љештојис за казнено право и праксу*, 1/2013, 60.

3. Осумњичени се о почетку кривичног гоњење не обавештава, а о отварању истраге тек уз позив за предузимање прве доказне радње којој има право да присуствује (чл. 297. ст. 1)

О предузимању радњи које представљају почетак кривичног гоњења (чл. 5. ст. 2) осумњичени се не обавештава, а посебно ни о отварању истраге, већ му се наредба о њеном спровођењу доставља заједно са позивом односно обавештењем о првој доказној радњи којој има право да присуствује (чл. 297. ст. 1), што, из тактичких разлога или позивом на овлашћење да у неким случајевима сведоке може испитивати и без позивања осумњиченог и његовог браниоца (чл. 300. ст. 2), јавни тужилац може оставити и за сам крај истраге. Ово је супротно Европској конвенцији о људским правима и Уставу Републике Србије јер према конвенцијском праву и пракси Европског суда свака радња државних органа која имплицира да је неко учинио кривично дело, као и службени акт у том смислу, сматра се оптужбом, а у случају оптужбе грађанин има право да *без одлагања* буде детаљно обавештен о њеној природи и разлозима подизања (чл. 6. ст. 3а ЕКЉП и чл. 33. ст. 1. Устава РС). Укидање права на благовремено обавештавање о кривичном гоњењу или покретању истраге отвара могућност за вођење тајних истрага у чијем току су искључена или ограничена и друга минимална права одбране осумњиченог (право на личну одбрану, право да испитује сведоке оптужбе, право на увид у списе итд.). Нека ограничења у случају најтежих кривичних дела у претходном поступку била би могућа, али не толико широко и паушално како је предвиђено у Законику. Да апсурд буде већи, кривични прогон може бити тајан само за осумњиченог, а не и за медије који су „изборили право” да илегално стичу информације о претходном кривичном поступку из полицијских извора и да их некажњено објављују.

4. Саслушање осумњиченог није услов за отварање истраге и подизање оптужнице

Законик не садржи одредбе о саслушању осумњиченог у истрази, нити саслушањем условљава отварање истраге, односно подизање оптужнице, као што је то чинио ЗКП из 2001. године.⁶ Јавни тужилац који у истрази предузима доказне радње *може* осумњиченог саслушати у предистражном поступку (чл. 289), или после отварања истраге, у време кад

⁶ Према чл. 243. ст. 2. тог Законика истражни судија је био дужан да пре доношења решења о спровођењу истраге саслуша осумњиченог, осим у случају опасности од одлагања, а према чл. 244. ст. 2. саслушање осумњиченог је било један од услова за подизање оптужнице без вођења истраге (непосредна оптужница).

оцени да је то целисходно. Он пре саслушања може изводити све друге доказне радње, па и оне којима осумњичени има право да присуствује (испитивање сведока и вештака), остављајући саслушање за крај истраге. И више од тога, у Законнику није уопште предвиђена обавеза јавног тужиоца да осумњиченог саслуша пре подизања оптужнице.⁷ Према одредби чл. 331. ст. 5. подизање непосредне оптужнице није условљено саслушањем осумњиченог. Наравно, јавни тужилац ће по правилу у истрази осумњиченог саслушати пре него што подигне оптужницу да би отклонио ризик да веће које испитује оптужницу, налазећи да је потребно боље разјашњење стања ствари, нареди да се истрага допуни, односно спроведе или да се прикупе одређени докази, међу њима и исказ осумњиченог (чл. 337. ст. 3). Међутим, не би било у нескладу са Закоником да оптужница буде подигнута, па чак и потврђена према окривљеном који није саслушан.

Стање које произлази из тих одредаба Законика није у складу са одредбом Устава према којој свако ко је окривљен за кривично дело има право да се брани (чл. 33. ст. 2). Лична одбрана је немогућа ако се окривљеном не омогући да изнесе чињенице које му иду у прилог. Због тога је исказ окривљеног који даје приликом саслушања, не само доказно средство, већ и средство његове личне одбране. Осим тога, за испитивање окривљеног Законик везује могућност остваривања других права одбране. Према чл. 251. ст. 1. разматрање списа и разгледање доказа могуће је тек после саслушања окривљеног, тако да одлагање саслушања увек представља ускраћивање и тог изузетно важног права. Право на увид у списе предмета представља срж права на одбрану окривљеног. Без тог права нема равноправности странака у поступку, ни одбране окривљеног уопште. То право тада постаје голо право (*nudum ius*) јер бранити се може само онај који зна од чега треба да се брани. Да би био у складу са Уставом Законик би морао да има одредбе о обавезном саслушању осумњиченог пре подизања оптужнице и о времену у којем се та процесна радња предузима рачунајући од започињања кривичног гоњења и почетка кривичног поступка.

5. Телесни преглед и узимање узорака за медицинске анализе могу се наредити и одлуком јавног тужиоца

Према ЗКП из 2001. године телесни преглед окривљеног и других лица и узимање узорака крви и предузимање других медицинских анализа били су сврстани у радње вештачења које су регулисане посебном

⁷ Хрватски ЗКП налаже да „окривљени мора бити испитан пре окончања истраге” (чл. 233. ст. 1). ЗКП Србије нема ни такву одредбу.

одредбом чл. 131. Према ставу 3. тог члана те радње су се у принципу могле предузимати само по наредби надлежног суда. Нови Законик те радње не сврстава у вештачење, већ телесни преглед третира као увиђај лица (чл. 134), а узимање узорака као посебну доказну радња (чл. 140). Њих може наредити не само суд већ сваки орган поступка (чл. 133), односно јавни тужилац (чл. 140. ст. 4). Како те радње озбиљно задиру у телесни интегритет и приватност појединца било би у духу Устава да одлучивање о њиховој примени буде и даље у надлежности судских органа.

6. Неограничена могућност ноћног претресања (чл. 157. ст. 1. ЗКП) није у складу са чл. 20. Устава и чл. 8. ЕКЉП

Одредба чл. 157. ст. 1. реченица друга, да је ноћно претресање могуће увек кад је то одређено наредбом, супротна је чл. 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 20. ст. 1. Устава РС о обиму допуштеног ограничења људских права. Одредбом Законика да се претресање врши изузетно ноћу, ако је започето дању па није довршено *или је то одређено наредбом за претресање*, дерогирано је „правило” да се претресање врши дању у толикој мери да је престало да буде правило и постало потпуно беспредметно. Законик, у ствари, омогућује да органи гоњења обављају претресање у свако доба дана и ноћи без икаквих ограничења. Тиме се преко мере угрожава право на лични и породични живот грађана, и то не само оних који су осумњичени да су извршиоци кривичног дела. Критеријуми за одступање од правила да се претресање обавља дању морају бити у Законнику прецизно и до краја одређени, а не препуштени дискрецији органа гоњења. Принципијелна забрана претресања ноћу треба да буде очувана да се грађани (не само осумњичени) не би узнемиравали, збуњивали и доводили у ванредну психичку ситуацију, застрашивали и спречавали да користе своја права, а и зато да се предупреду могуће злоупотребе (интервенција лажних органа, немогућност да се зове у помоћ и сл.).

У оспореној одредби једноставно је речено да ће се ноћно претресање предузети ако је то одређено наредбом. Ни у тој одредби, ни у чл. 155. у коме је прописана садржина судске наредбе о претресању нису предвиђени случајеви у којима би се таква наредба могла издавати (нпр. због опасности да се тражени предмети или трагови униште или сакрију, да тражено лице побегне или учини кривично дело и сл.), нити дужност суда да посебно образложи разлоге за ноћно претресање. Због те ширине, неодређености и могуће арбитрарности одредба садржана у другој реченици ст. 1. чл. 157. у потпуности је неприхватљива.

7. Одредба о разматрању списка и разгледању предмета није у складу са уставним правом окривљеног на одбрану

У чл. 251. Законика установљено је право окривљеног (његовог браниоца и оштећеног) да „разматра списе и разгледа прикупљене предмете који служе као доказ”. Напред је већ указано колико је велики значај овога права за право окривљеног на одбрану чији је саставни део. И поред тога, Законик је то право ограничио, и то вишеструко. Прво, његово наступање је везано за саслушање осумњиченог које, као што је напред већ истакнуто, према Законнику није обавезно пре подношења оптужнице у претходном поступку. Из тога излази да се право на увид у списе поступка у претходном поступку окривљеном може ускратити у потпуности, потпуним изостављањем или остављањем саслушања осумњиченог за крај истраге. Друго, Законик је право увида у списе ограничио и тиме што га дозвољава само ако су у питању списи и предмети који у поступку могу да послуже као докази. Искључен је увид у јавнотужилачке и полицијске списе који се у поступку не могу употребити као доказни материјал (нпр. полицијска обавештења која се на крају истраге издвајају из списка). Треће, Законик, осим „разматрања”, омогућује и снимања и умножавања списка (чл. 250), али нема одредбе о сносшењу трошкова који настају снимањем и копирањем списка, тако да их мора сносити сам окривљени, а то у неким случајевима може значајно да ограничи коришћење тог права.

Како уставно право на одбрану (чл. 33. ст. 2. Устава) и право на „подробно обавештење о доказима који су прикупљени” (чл. 33. ст. 1. Устава) нису могући без увида у списе предмета, то наведене одредбе Законика о „разматрању списка и разгледању предмета” нису у сагласности са Уставом РС. Законик би морао да омогући коришћење тог права од почетка кривичног гоњења, односно кривичног поступка, тј. од подношења кривичне пријаве или предузимања прве радње процесне принуде (претресање, привремено одузимање предмета, узимање отисака прстију, препознавање и сл.). Наступање тог права би се могло условити саслушањем окривљеног, али под условом да се саслушање обави на почетку или у кратком року од почетка кривичног гоњења, а ако се тада не обави, морало би наступати у једном објективном року (рецимо, од месец дана) који би се рачунао, на пример, од подношења кривичне пријаве.

8. Неуставност одредбе чл. 286. ст. 3. ЗКП утврђена је Одлуком Уставног суда из децембра 2012. године

Одредба чл. 286. ст. 3. Законика до измене из 2014. године је гласила: „По налогу јавног тужиоца полиција може у циљу испуњења дужности из става 1. овог члана прибавити евиденцију остварене телефонске комуникације, коришћених базних станица или извршити лоцирање места са којег се обавља комуникација.” На предлог заштитника грађана и повереника за информације од јавног значаја и заштиту личних података Уставни суд Србије је ту одредбу прогласио неуставном. Одступање од тајности писма и других средстава општења дозвољено је само на основу одлуке суда (чл. 41. ст. 2. Устава РС). После те одлуке, Народна скупштина је била принуђена да још једном измени Законик (*Службени гласник РС*, 55/2014), пети пут од доношења, а други пут од почетка опште примене, тако да та одредба сада гласи: „По налогу судије за претходни поступак, а на предлог јавног тужиоца полиција може у циљу испуњења дужности из ст. 1. овог члана прибавити евиденцију остварене телефонске комуникације, коришћених базних станица или извршити лоцирање места са којег се обавља комуникација.”

9. Могућност испитивања сведока и вештака ван главног претреса без присуства оптуженог који је у притвору (чл. 357. ст. 3. ЗКП) није у складу са чл. 33. ст. 4. и 5. Устава и чл. 6. ст. 3ц Конвенције

Према наведеним одредбама Устава и Конвенције окривљени има право да испитује, односно да захтева да буду испитани сведоци оптужбе и да се под истим условима и у његовом присуству испитају сведоци одбране. У обе ситуације претпоставља се присуство окривљеног испитивању сведока или вештака. Супротно томе, у чл. 357. ст. 3. Законика предвиђено је да о потреби присуствовања оптуженог који се налази у притвору испитивању сведока ван главног претреса, кад због болести или другог оправданог разлога сведок не може да дође на главни претрес, одлучује председник већа. Кад председник већа по дискреционој оцени одлучи да испитивање обави без окривљеног, њему је онемогућено да сведоку поставља питања и да у контрадикторној расправи оспорава његове исказе, иако ће се записник о том испитивању читати на главном претресу и користити као доказ за пресуду. Право окривљеног да му се суди у његовом присуству (а испитивање сведока је део суђења) изричито је предвиђено у чл. 33. ст. 4. Устава, а право да испитује сведоке у ст. 5. истог члана Устава.

То су важни елементи уставног права на правично суђење. Овлашћење дато председнику већа да на основу дискреционе оцене одлучује о потреби присуствовања оптуженог радњама главног претреса девалвира та уставна права. Присуство браниоца уместо оптуженог не представља компензацију и не умањује значај повреде јер се ради о уставном праву окривљеног које му нико не може ускратити против његове воље. Тим пре што се испитивање може обавити и у одсуству браниоца, који се о заказаном рочишту само обавештава. Евентуално би се законом могла предвидети извесна одступања за оправдане случајеве прописивањем прецизних услова за њихово наступање уз могућност замене личног присуства у критичним случајевима посредним присуствовањем путем коришћења техничких средстава (видео конференција).

Исто тако, неприхватљиво је што се на рочиште за испитивање сведока ван главног претреса странке и бранилац не позивају (као што се позивају у истрази по чл. 300. и на главни претрес – чл. 355. ст. 1), већ само обавештавају. Испитивање се може обавити и ако уредно обавештена лица нису присутна.

10. Из истог разлога неуставна је одредба чл. 300. ст. 2. Законика и свака друга у којој је предвиђено да се сведок или вештак у истрази може испитати у одсуству окривљеног (чл. 300. ст. 4, 6. и 7. и чл. 390. ст. 5. ЗКП)

У чл. 300. ст. 2. Законика предвиђено је да у истрагама за дела организованог криминала и ратне злочине „јавни тужилац може испитати сведока и без позивања осумњиченог и његовог браниоца да присуствују испитивању ако оцени да њихово присуство може утицати на сведока.” У наставку те одредбе је речено да се на таквом исказу сведока не може заснивати судска одлука, искључиво или у одлучујућој мери. Већ из те одредбе се види да суд тај доказ „у одређеној мери” може користити у пресуди, а то излази и из одредбе чл. 406. која предвиђа да се записници о исказима сведока испитаних у истрази под одређеним условима могу користити на главном претресу као докази за пресуду. Такви докази имају један крупан дефект јер су изведени у одсуству окривљеног, односно кршењем његових уставних права предвиђених у чл. 33. ст. 4. и 5. Устава (право да му се суди у његовом присуству и право да испитује сведоке).

Исто важи и за одредбу става 6. чл. 300. која гласи: „Ако позив осумњиченом и његовом браниоцу није достављен у складу са одредбама овог законика, односно ако се истрага води против непознатог учиниоца, јавни тужилац може предузети испитивање сведока или вештака само по прет-

ходном одобрењу судије за претходни поступак.” Одобрењем које судија даје по дискреционој оцени не може се оправдати одступање од уставом предвиђених права окривљеног.

Према ст. 4. истог члана на рочиште за испитивање сведока јавни тужилац ће по правилу позивати само браниоца, ако осумњичени има браниоца, а ако је осумњичени у притвору, јавни тужилац ће одлучити да ли је потребно његово присуство. Записници о исказима тако испитаних сведока могу се користити као докази у даљем поступку, односно читати на главном претресу и после тога употребити као докази у пресуди, иако је исказ добијен без присуства осумњиченог и ускраћивањем права да испитује сведока.

У ст. 7. чл. 300. је предвиђено да јавни тужилац у истрази може предузети доказну радњу и ако осумњичени коме је упућен позив није присутан. С обзиром на могућност коришћења таквих доказа у главном поступку и уставна права осумњиченог да присуствује свом суђењу и да испитује сведоке, у тој одредби је морало стајати да се у том случају исказ сведока или вештака не може користити као доказ у даљем поступку, већ само за подизање оптужнице.

У чл. 390. ст. 5. Законик је предвидео могућност да се оптужени удаљи из суднице ако саоптужени или сведок одбије да даје исказ у његовом присуству или околности указују да његово присуство утиче на наведена лица. Истина, у тој одредби стоји да ће по повратку оптуженом бити прочитан исказ дат у његовом одсуству и да он може саоптуженом или сведоку постављати питања и дати примедбе на исказ. Но, и поред тога, законодавац је морао да има више слуха за уставна права окривљеног и да проблем реши на други начин.

11. Одредбе да се на главном претресу неће изводити докази за које је одбрана знала, али их на припремном рочишту без оправданог разлога није предложила (чл. 350. ст. 1. ЗКП) и да председник већа по том основу може одбити доказне предлоге одбране (чл. 395. ст. 4. т. 1. ЗКП), супротне су праву окривљеног на одбрану (чл. 33. ст. 2. Устава РС), које подразумева и његово право на ћутање и слободан избор одбрамбене тактике

Одбрана мора бити слободна. Право је окривљеног да се брани на начин за који сматра да је за њега најповољнији. Наведене одредбе Законика ограничавају то његово право, а спречавају и утврђивању истине којој кривични поступак мора да тежи без обзира на то да ли се тај задатак схвата као дужност суда или као одговорност странака. Разлози процесне економије којима се у овом случају руководио законодавац не смеју ограни-

чавати уставно право окривљеног на одбрану. Осим тога, нелогично је забранити изношење нових доказа на првостепеном главном претресу, кад се могу износити у жалби против пресуде (чл. 436. ст. 4)⁸ и у захтеву за понављање кривичног поступка после правноснажности пресуде (чл. 473. ст. 1. т. 3) без обзира на то да ли су странци раније били познати.

12. Одредба чл. 363. т. 5. Законика о искључењу опште јавности са главног претреса није у сагласности са одредбом чл. 32. ст. 3. Устава РС

Одредба чл. 363. т. 5. Законика која предвиђа да се јавност са главног претреса у кривичном поступку може искључити и ако је то потребно ради заштите „других оправданих интереса у демократском друштву” представља посебан случај несагласности са Уставом Србије.

Устав допушта искључење јавности само у четири случаја који су наведени у одредби чл. 32. ст. 3. То су: интереси заштите националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника и приватности учесника у поступку. Уставна листа разлога за искључење јавности је затворена и она се законом не може ширити, нити се процена потребе искључења јавности може препустити суду. Заштита „других оправданих интереса у демократском друштву” не уклапа се ни у један од уставом предвиђених разлога, тј. Закоником је конструисан један широки основ у који се могу укључити сви уставом предвиђени разлози и многи други, уставом непредвиђени, тако да је уставна одредба постала потпуно бесмислена. Одредба Законика је, међутим, у складу са одредбом чл. 6. ЕКЈП, па је законодавац отворио једно важно питање: да ли треба да укаже предност Конвенцији или Уставу у случају њиховог неслагања. Он је у овом случају приоритет дао Конвенцији, а не Уставу, иако у чл. 16. ст. 2. и у чл. 194. ст. 4. Устава стоји да потврђени међународни уговори морају бити у складу са Уставом, односно да не смеју бити са њим у супротности.

Из истих разлога са Уставом се не слаже ни одредба чл. 366. Законика у којој је предвиђено да се јавност са главног претреса може искључити и приликом испитивања окривљеног и осуђеног са којима је јавни тужилац постигао споразум о сведочењу.

⁸ Истина, жалилац је дужан да наведе разлоге зашто их раније није изнео, али ако то не учини или не учини на задовољавајући начин жалба се неће одбацити.

13. Одредба чл. 376. ст. 2. Законика према којој председник већа, за случај сумње да је сведок, вештак или стручни саветник на главном претресу дао лажан исказ, о томе саставља посебан записник, позивајући сведока, вештака или стручног саветника да га потпише да би га доставио надлежном јавном тужиоцу, не слаже се са правом окривљеног да није дужан да се самооптужује што је саставни део права на одбрану и правично суђење (чл. 33. ст. 2. и 7. Устава РС)

Одредба чл. 376. ст. 2. Законика формулисана је тако да је потписивање таквог записника од стране сведока правило и да га треба очекивати редовно (записник се доставља тужиоцу „након што га потпишу испитани сведок, вештак или стручни саветник”). Истина, из наведене одредбе Законика се види да сведок, вештак или стручни саветник може одбити да потпише записник што је председник већа дужан да констатује и наведе разлоге одбијања, али већ и сам позив на потписивање, без обавезе председника да укаже на последице тога чина, вређа право одбране осумњиченог и представља неку врсту навођења на самооптуживање. Није у складу са Уставом гарантованим правом одбране од осумњиченог тражити да потпише записник у коме се констатује да постоји сумња да је извршио кривично дело. Записник који том приликом саставља председник већа у суштини је службена кривична пријава, па тражити од осумњиченог да га потпише значи заправо захтевати да се сагласи са подношењем кривичне пријаве против самога себе. То би био акт самооптужења који се од осумњиченог не сме захтевати, посебно од независног и непристрасног суда. Устав је изричит: „Лице које је окривљено или коме се суди за кривично дело није дужно да даје исказе против себе...” (чл. 33. ст. 7. Устава РС).

14. Одредба чл. 406. која омогућује да се записници о исказима сведока које је у истрази испитао јавни тужилац, после упознавања са њиховом садржином на главном претресу, могу користити као докази за пресуду, није у складу са правима окривљеног да испитује сведоке и да му суди независан и непристрасан суд (чл. 33. ст. 5. и чл. 32. ст. 1. Устава РС)

Суђење се састоји од утврђивања чињеничног стања (радње доказивања) и примене кривичног материјалног права на утврђено чињенично стање (радње одлучивања). Радње доказивања на којима се заснива судска пресуда морају бити изведене на главном претресу пред судећим судом (чл. 419. ст. 1), без обзира на то да ли их изводи суд или странке. Законик садржи детаљне

одредбе о извођењу доказних радњи на главном претресу, па се пресуда може засновати само на радњама које су предузете на тај начин, без обзира на то да ли су на претресу изведене непосредно или посредно (нпр. читањем записника о њиховом ранијем извођењу). Та правила не дозвољавају да се сваки записник о исказу раније испитаних сведока, после упознавања са његовом садржином на главном претресу, користи као доказ за пресуду.

Сведоке у тужилачкој истрази могу испитивати или судије за претходни поступак *на доказном рочишту* или јавни тужиоци. На главном претресу би се могли читати (или на други начин сазнавати њихова садржина) само искази сведока који су у претходном поступку испитани на доказном рочишту, јер су ти докази изведени пред судијом по свим правилима законика о извођењу доказа за пресуду. Међутим, наш Законик доказно рочиште у претходном поступку није предвидео за разлику од свих других који имају тужилачку истрагу. Записници о исказима сведока које је у истрази испитао јавни тужилац не би се могли читати на главном претресу из два разлога: прво, зато што је испитивање обавио несудски орган и, друго, зато што испитивање није обављено на начин на који се оно обавља на главном претресу (сведок се може испитати и без обавештавања окривљеног – чл. 300. ст. 2. и у одсуству обавештеног окривљеног – чл. 300. ст. 7; на начин који се битно разликује од испитивања на главном претресу јер питања сведоку не поставља окривљени непосредно, већ има само право да предложи јавном тужиоцу да сведоку постави одређена питања, а тек по дозволи јавног тужиоца може питања постављати и непосредно – чл. 300. ст. 8; унакрсно испитивање у истрази није предвиђено итд.). Дакле, исказ сведока у том случају није добијен у контрадикторном поступку, па окривљени није могао да користи своје право из чл. 33. ст. 5. Устава РС (да испитује сведоке оптужбе). Могућност неселективне употребе записника о ранијим испитивањима сведока у пресуди, коју предвиђа чл. 406. Законика, значи да се пресуда заснива на две врсте сведочких исказа: на исказима који су добијени у контрадикторном поступку по правилима Законика предвиђеним за судски кривични поступак и исказима добијеним у *неконтрадикторном* поступку у коме важе другачија правила за извођење доказа, што је супротно већ поменутој одредби чл. 33. ст. 5. Устава, а околност да је пресуда заснована на доказу који је изведен пред несудским органом противречи уставном праву окривљеног да му суди независан и непристрасан суд (чл. 32. ст. 1. Устава РС). Законодавац је морао да изврши селекцију записника о раније испитаним сведоцима и да читање на главном претресу омогући само кад су у питању „контрадикторни записници”. Остали записници о исказима раније испитаних сведока могли би бити коришћени на главном претресу само за „освежавање памћења сведока”, а не за

утврђивање чињеничног стања о кривичном делу.⁹ Најбоље би било да ти записници буду издвојени из списка предмета, да судско веће које доноси одлуку не би сазнало њихову садржину.

15. Одредба чл. 443. ст. 2. Законика према којој веће првостепеног суда може да поводом изјављене жалбе отвори првостепени главни претрес и настави доказни поступак (изричући нову пресуду и остављајући жалбу без одлуке другостепеног суда) супротна је праву окривљеног на жалбу (чл. 36. ст. 2. Устава РС) и одредби Устава да судске одлуке може преиспитивати само надлежни суд у законом прописаном поступку (чл. 145. ст. 4)

Ст. 2. чл. 443. и ст. 3. тог члана који је са њим у вези гласе:

„Ако су у жалби изнете чињенице и предложени нови докази који према оцени председника већа првостепеног суда могу допринети свестраном расправљању предмета доказивања, веће ће поново отворити главни претрес и наставити доказни поступак.

После завршетка доказног поступка, председник већа ће поступити по одредби чл. 412. овог законика. Против нове пресуде првостепеног суда којом је потврђена или преиначена ранија пресуда може се изјавити жалба у складу са одредбама овог законика.”

Принципијелно узето, објављивањем пресуде завршава се првостепени кривични поступак. После тога остаје још само писмена израда и достављање пресуде што су чисто техничке радње првостепеног суда. Објављену пресуду тај суд не може да мења и исправља, ни на штету ни у корист оптуженог. Објављивањем пресуде првостепени суд је завршио свој део посла у кривичном поступку и на пресуђену ствар се може вратити само на основу одлуке вишег суда којом је укинута првостепена пресуда или у поступку по захтеву за понављање кривичног поступка. Међутим, од тог правила нови Законик је предвидео изузетак у наведеним одредбама чл. 443. У обзир долази жалба било ког жалиоца а изнете чињенице и предложени нови докази треба да буду такви да „према оцени председника већа првостепеног суда могу допринети свестраном расправљању предмета доказивања.” Првостепени суд се враћа у поступак по истој ствари, и то не одмах после објављивања пресуде, већ тек након њене писмене израде и достављања, тј. у жалбеном поступку. Овим одредбама је право апелационог суда да мери-торно одлучи о поднетој жалби у једном делу пренето на првостепени суд, а акт жалиоца изгубио карактер жалбе и деволутивно дејство.

⁹ О томе опширније, З. Ђурђевић, *op. cit.*, 73.

Осим што се не слажу са природом поступка правних лекова и што доводе у питање уставно право грађана на жалбу, примена ових одредаба изазваће у судској пракси бројна питања и недоумице. У законнику нема никаквих гаранција да се установа неће користити и у шпекулативне сврхе. Допуна првостепеног поступка завршава се изрицањем нове пресуде првостепеног суда којом се ранија пресуда преиначује или новом пресудом првостепени суд сам потврђује своју већ донету пресуду. Против нове пресуде дозвољена је нова жалба којом се, сматрамо, може побити и ранија пресуда, али само у оквиру оних основа и разлога које је жалилац истицао у претходној жалби. Питање је да ли и нову жалбу председник већа може задржати позивом на одредбу ст. 2. чл. 443, а могућа су и друга питања (нпр. да ли у обзир долазе сви нови докази или само они за које странке нису знале на припремном рочишту, односно до одређивања главног претреса будући да се на главном претресу не изводе докази који су им у то време били познати али их без оправданог разлога нису предлагали – чл. 395. ст. 4. т. 1).

У сваком случају, ове одредбе су у колизији са уставним правом на жалбу, које се на овај начин никако не може схватити и тумачити, и са одредбом Устава да судске одлуке може преиспитивати само надлежни суд првог лека у законом прописаном поступку (чл. 145. ст. 4. Устава РС).

16. Одредба чл. 506. ст. 3. Законика којом је предвиђено да се у случају недоласка браниоца главни претрес у скраћеном поступку не мора одложити ако одбрана није обавезна, без обзира на то да ли је изостанак браниоца оправдан (нпр. због неуредне доставе позива) или неоправдан, противуставна је јер ограничава право одбране окривљеног пре него што је утврђено да је реч о злоупотреби права и опструкцији поступка

Наведена одредба важи за скраћени поступак и њоме је замењена одредба чл. 382. која важи за општи (редовни) поступак. Разлика између те две одредбе је у томе што се у општем поступку (чл. 382) недолазак браниоца на главни претрес може оправдати, па се тада главни претрес не држи без браниоца, већ се одлаже, а у скраћеном поступку (чл. 506. ст. 3) главни претрес не мора бити одложен ни ако је бранилац изостао из оправданог разлога, односно ако је свој изостанак оправдао. Одржавање главног претреса у том случају препуштено је дискреционој оцени судије. Та разлика је тешко разумљива, посебно ако се има у виду да се и у скраћеном поступку суди за тешка кривична дела (за која је прописана казна до осам година затвора – чл. 495). Било би правично да се и у скраћеном поступку главни претрес одлаже ако бранилац изостане из неког оправданог разлога

и ако свој изостанак оправда, а не да се оптужени остави без формалне одбране. Оптужени не може бити „кажњен” губитком једног уставног права због околности на које никако не може да утиче, посебно због оправданог недоласка свога браниоца. Законик не би смео да укида формалну одбрану као једно од основних уставних права окривљеног у случајевима кад се не ради о опструкцији поступка и злоупотреби права.

17. Одредба чл. 507. ст. 2. ЗКП која омогућује да се главни претрес у скраћеном поступку под одређеним условима одржи и у одсуству недошавшег окривљеног који је уредно позван супротна је уставном праву окривљеног да му се суди у његовом присуству (чл. 33. ст. 4. Устава РС)

У позиву за главни претрес у скраћеном поступку оптужени се упозорава да ће се главни претрес одржати и у његовом одсуству ако за то постоје законски услови (чл. 506. ст. 4). У чл. 507. ст. 2. стоји: „Ако оптужени коме се суди за кривично дело за које је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до три године не дође на главни претрес, иако је уредно позван, судија може одлучити, након узимања изјаве од тужиоца, да се главни претрес одржи у одсуству оптуженог под условом да његово присуство није нужно и да је пре тога био саслушан.”

Наведена одредба је очигледно инспирисана разлозима процесне економије и настојањем да се сузбију злоупотребе процесних права и опструкција поступка. Та је одредба преузета из ЗКП од 2001. године, односно из ранијег југословенског Законика о кривичном поступку. При том преузимању законодавац је био недовољно критичан, па није узео у обзир да се она не слаже са новопрокламованим уставним правом на правично суђење. Одредба чл. 507. ст. 2. формулисана је тако да омогућује одржавање главног претреса и у случају кад одсуство оптуженог није резултат његове зле воље, већ околности на које не може утицати. У том случају могућност суђења у одсуству оптуженог представља кршење његовог уставног права да се брани од оптужбе која је против њега подигнута. У ту одредбу је уграђена претпоставка да је оптужени увек неоправдано изостао са главног претреса и да се одрекао права да се брани. Он нема могућности да доказује супротно јер према чл. 226. за тај случај није могуће подношење молбе за повраћај у пређашње стање (као што је могуће за нека друга пропуштена рочишта). Законик за тај случај не предвиђа ни обавезну одбрану што би такав оптужени у тој ситуацији најмање морао да има. Чињеницу да су могући и случајеви у којима се недолазак оптуженог на главни претрес не може приписати његовој кривици, Законик једноставно не уважава.

Супротно томе, присуство оптуженог на главном претресу је изузетно важно. Оно омогућује реализацију многих процесних начела (контрадикторности, усмености, непосредности). Без присуства оптуженог нема личне одбране, па и кад је бранилац присутан, а кад нема ни браниоца, нема одбране уопште. Лично присуство оптуженог на главном претресу је корисно јер се он по редовном току ствари тада и брани, а и ако се држи пасивно, његово присуство доприноси доношењу правилније одлуке. Присуство окривљеног је посебно важно у поступку који терет доказивања пребацује на странке и у коме извођење појединих доказа претпоставља активност обе процесне странке. Унакрсно испитивање сведока и вештака немогуће је на главном претресу на коме нема оптуженог. Због тога је присуствовање странака главном претресу један од важних елемената права на правично суђење.

18. Одредба чл. 608. Законика није у складу са чл. 196. Устава РС

Према одредби чл. 608. нови Законик је ступио на снагу, као што је Уставом предвиђено, осмог дана од објављивања, али је његова општа примена одложена до 15. јануара 2013. године (тај рок је касније померен на 1. октобар 2013), осим у поступцима за кривична дела организованог криминала и ратне злочине у којима се примењује од 15. јануара 2012. године. Из овога излази да су се у Србији више од годину дана примењивала два законика о кривичном поступку. То није у складу са одредбама Устава који у чл. 196. говори само о ступању на снагу закона, подразумевајући да се закони који су ступили на снагу од тог момента и примењују, па је ступањем на снагу новог морао да престане да важи стари Законик или је објављени Законик требало да ступи на снагу 15. јануара 2013 године, односно 15. јануара 2012. Одвајање почетка примене од момента ступања закона на снагу, Устав не познаје. То одвајање противречи и логичком појму закона јер је апсурдно називати законом акт који је ступио на снагу али за једно време (које се може мерити и годинама) нема никакву законску моћ. Закон који је на снази морао би да има стварну снагу, тј. да се примењује. Устав је предвидео да закони, осим изузетно, не могу ступити на снагу пре истека седам дана од дана објављивања, а кад ће ступити на снагу по истеку тога рока Устав није одредио, већ је то препустио законодавцу. Дакле, законодавац може да одреди да закон ступа на снагу две године после објављивања, али не може да предвиди да се његова примена за две године суспендује након што је ступио на снагу. Више пута је указивано да такво антиципи-

рано ступање на снагу закона пре почетка његове примене није у складу са Уставом, али се законодавац упорно држи своје погрешне праксе.¹⁰

Закључак

Реформа из 2011. године донела је крупне структуралне промене у законодавству о кривичном поступку Србије. Уместо дотадашњег јединственог судског кривичног поступка састављеног из стадијума судске истраге и судског главног поступка, конструисан је нови тип кривичног поступка који је састављен од несудског претходног поступка (кривични поступак у ширем смислу) и судског главног претреса (кривични поступак у ужем смислу). Судска истрага се водила редовно и по правилу, осим у скраћеном поступку, а јавнотужилачка која је дошла уместо судске, водиће се изузетно, у релативно малом броју кривичних поступака (обавезна није ни у једном случају, а искључена је за кривична дела за која је предвиђена казна затвора до осам година) и биће замењивана недовољно дефинисаним „кривичним гоњењем”, односно предистражним поступком. То је читавом претходном кривичном поступку дало изразито репресиван карактер и радикално умањило права одбране окривљеног. Окривљени се не саслушава на почетку кривичног поступка, па је остао без права на личну одбрану и не може да оповргава доказе који га терете; право на увид у списе добија тек кад буде саслушан, а јавни тужилац може саслушање окривљеног потпуно избећи јер није услов за подизање оптужнице, или га одложити за крај претходног поступка; може му бити укинута право да присуствује испитивању сведока и вештака и право да испитује сведоке, итд.

Први део новог кривичног поступка (предистражни поступак и истрага) добио је доминантно инквизиторске карактеристике, за разлику од раније судске истраге која је, осим елемената инквизиторности, све више попримала карактер контрадикторног поступка. Све главне процесне функције у том делу новог кривичног поступка у рукама су јавног тужиоца који врши функцију оптужења, прикупља и изводи доказе, одлучује о подизању оптужбе и има дужност да се стара и о одбрани осумњиченог (чл. 6. ст. 4). У настојању да кривични поступак учини бржим и ефикаснијим, законодавац није водио довољно рачуна о правима окривљеног и због тога су многе одредбе новог Законика, као што показује наша анализа, остале неусаглашене са одредбама Устава и ЕКЉП. Због тога је по-

¹⁰ Детаљније о томе, М. Грубач, „Једно погрешно схватање уставних одредаба о ступању закона на снагу”, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 5/2009, 150–174; Боса Ненадић, *Vacatio legis у правном систему Републике Србије*, „Архив за друштвене и правне науке”, 1–2/2005, 81–109.

требно хитно извршити конституционализацију Законика, тј. успоставити равнотежу између његове репресивности и заштите људских права која (равнотежа) у њему за сада не постоји. Тај посао може најефикасније и најпотпуније да обави Уставни суд који треба да оцени уставност појединих одредаба Законика, а затим Министарство правде и Народна скупштина који би по налогу Уставног суда извршили неопходне измене Законика.

WHAT IS UNCONSTITUTIONAL IN THE NEW LAW ON CRIMINAL PROCEDURE

Professor Momcilo Grubac Ph. D.
Faculty of Law, Union University Belgrade

Summary

According to the author's introductory remarks, the goal of this paper is to open a discussion on constitutionality of certain provisions of the new Serbian Law on Criminal Procedure, which was adopted almost three years ago (2011). Five amendments to this Law up today and numerous discussions about the law did not, apart for one, open this important issue. The author's analysis outlines that at least 27 provisions of the Law are not in line with the Constitution of the Republic of Serbia and European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. These are the provisions of Article 5 paragraph 2, Article 8, Article 296, Article 297, Article 331, Article 133, Article 140, Article 157 paragraph 1, Article 251, Article 286 paragraph 3, Article 357 paragraph 3, Article 300 paragraph 2, Article 300 paragraph 4, Article 300 paragraph 6, Article 300 paragraph 7, Article 363 item 5, Article 366, Article 390 paragraph 5, Article 350 paragraph 1, Article 395 paragraph 4, Article 376 paragraph 2, Article 406, Article 443 paragraph 2, Article 506 paragraph 3, Article 506 paragraph 4, Article 507 paragraph 2 and Article 608 of the Law on Criminal Procedure. The author presented a brief explanation for each contested provision.

Keywords: Constitution, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Law on Criminal Procedure, right to a fair trial, right of defense, right to appeal, defendant's right to remain silent, criminal proceedings, opening of criminal investigation, defendant's hearing, witnesses and experts investigation, night search, telephone communication monitoring, trial in defendant's absence, preclusion of defendant's evidence, witness's false statement