

UDK: 343.13(497.11)

др Горан П. Илић

професор Правног факултета Универзитета у Београду
судија Уставног суда Републике Србије

О НОВИНАМА У ЗАКониКУ О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

I

У току прошле године су у кривичном процесном законодавству Републике Србије извршене значајне измене,¹ од којих неке наговештавају правац у којем ће ићи реформа кривичног поступка. Од првобитне замисли да се изврши усклађивање Законика о кривичном поступку од 2001. године (у даљем тексту: ЗКП)² са новим Уставом Републике Србије (у даљем тексту: Устав)³ и Кривичним закоником (у даљем тексту: КЗ),⁴ стави ван снаге Законик о кривичном поступку од 2006. године,⁵ а поје-

¹ Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку („Службени гласник РС“, број 72/2009).

² Законик о кривичном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 70/2001 и 68/2002 и „Службени гласник РС“, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон и 72/2009).

³ Устав Републике Србије („Службени гласник РС“, број 98/2006).

⁴ Кривични законик („Службени гласни РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009 и 111/2009).

⁵ Законик о кривичном поступку (Службени гласник РС, бр. 46/2006, 49/2007 и 122/2008).

дина решења прилагоде потребама праксе и међународним стандардима заштите људских права у области кривичног поступка, Новела од 2009. године је отишла знатно даље.

Тако је, између осталог, предвиђена могућност електронског надзора окривљеног (члан 136 ст. 10 и 11 ЗКП), одустанак јавног тужиоца од оптужбе је условљен сагласношћу суда (члан 236 ст. 2 и 6 ЗКП), предвиђен је споразум о признању кривице (чл. 282а до 282д ЗКП), допуштена је могућност изрицања казне затвора до 15 дана због процесне недисциплине учесника на главном претресу (члан 299 став 2 ЗКП), прописана је обавеза другостепеног суда да након једног укидања првостепене пресуде сам реши предмет (члан 385 став 2 ЗКП), сужени су разлози за жалбу против другостепене пресуде (члан 395 став 1 ЗКП), а захтев за ванредно ублажавање казне и захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде (чл. 110 и 112 Новеле од 2009) су укинати.

Пре него што буду анализиране неке од нових процесних установа, требало би указати на неколико измена начелног карактера. У одредби члана 4 ЗКП су садржана права окривљеног, а уједно и дужности суда и другог државног органа да окривљеног упозна са правима и да му омогући да их користи. Поред тога, у члану 5 ЗКП су предвиђена додатна права лица лишеног слободе, што у у основи представља разраду уставне одредбе о допунским правима лица лишеног слободе без одлуке суда (члан 29 Устава). Груписањем поменутих права у два законска члана постигнута је боља прегледност најважнијих гаранција права одбране у кривичном поступку, а њихово сврставање међу уводне чланове кривичног процесног кодекса указује на нарочит значај који ова јемства имају међу одредбама начелног карактера.

Од новина садржаних у Глави I, која уређује основна начела, завређује да буде поменут члан 18. ЗКП који се односи на питање оцене изведених доказа у кривичном поступку. Сагласно начелу слободног судијског уверења које оставља судији слободу приликом оцене изведених доказа,⁶ законодавац је предвидео да суд може засновати пресуду или решење које одговара пресуди само на доказима у чију извесност је потпуно уверен (члан 18. став 1. ЗКП). Иако у нашем кривичном процесном законодавству није до сада коришћен појам извесност, у процесној теорији је он везиван за материјалну истину као највећи степен извесности који се може достићи у кривичном поступку.⁷ Другим речима, изве-

⁶ S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, 2e édition, Litec Groupe LexisNexis, Paris, 2002, 463.

⁷ М. Грубиша, *Чињенично стање у кривичном поступку*, Друго, допуњено и измењено издање, Информатор, Загреб, 1980, 19.

сност је постизање таквог степена уверења о истинитости чињенице, на основу разума и искуства, да у њу не сумња разуман и у животним односима искусан човек.⁸

Овако одређена извесност има на први поглед одређене сличности са доказним стандардом који се користи у англо-америчком праву приликом утврђивања кривице оптуженог – ван разумне сумње (*beyond a reasonable doubt*). Створен у пракси енглеских судова у току XVII и XVIII века у циљу упућивања пороте да успешно испуни своје дужности,⁹ појам ван разумне сумње, према схватању енглеске теорије, није могуће у потпуности прецизирати.¹⁰

Остављајући по страни теоријски спор о сличностима, предностима и недостацима англо-америчког и континенталног доказног стандарда,¹¹ важно је рећи да члан 18 став 1 ЗКП постојање извесности везује за две врсте судских одлука – пресуду или решење које одговара пресуди. Када је реч о пресуди, долазе у обзир како мериторне тј. ослобађајућа или осуђујућа пресуда, тако и одбијајућа пресуда. Под решењем које одговара пресуди би требало подразумевати, између осталог, решење о обустави истраге (чл. 253 и 254 ЗКП), решење о обустави поступка (чл. 217 и 274 ЗКП), решење о кажњавању (члан 449 ЗКП), решење о судској опомени (члан 459 ЗКП), решење о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи или обавезног психијатријског лечења на слободи (члан 506 ЗКП) итд. Одредба се, дакле, не односи на решење за чије доношење законодавац тражи постојање одређеног степена сумње или вероватноће, као што су решење о спајању или раздвајању поступка (чл. 33 и 34 ЗКП), решење о преношењу месне надлежности (чл. 35 и 36 ЗКП), решење о притвору (члан 143 ЗКП), решење о трошковима кривичног поступка (члан 194 став 2 ЗКП) итд.¹²

Новела од 2009. године је изричито предвидела још једно значајно начело кривичног процесног права. Реч је о начелу *in dubio pro reo* о ко-

⁸ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Треће измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 1981, 315.

⁹ Званична формулација питања које судија поставља пороти гласи: „Пре него што оптуженог огласите кривим потребно је да будете сигурни да је он крив (то је иста ствар као бити уверен у његову кривицу ван разумне сумње)“.

¹⁰ J. R. Spencer, *Evidence*, in M. Delmas-Marty and J. R. Spencer (Edited by), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 600.

¹¹ О томе видети: *Ibid.*, 601, 602; Ј. Прадел, *Дрoиш ђенал цомѡарѢ*, 2е Ѣдитион, Даллоз, Парис, 2002, 534-538; А. Касезе, *Међународно кривично ѡраво*, Београдски центар за ѡудска права, Београд, 2005, 504.

¹² О томе видети: М. Грубиша, *op. cit.*, 41, 42.

јем је надахнуто писао професор др Ђорђе Лазин.¹³ За разлику од погрешне формулације овог начела у Законику о кривичном поступку од 2006. године која је омогућавала да се сумња у свакој фази кривичног поступка реши у корист окривљеног, важећа одредба прописује да сумњу у погледу одлучних чињеница које чине обележје кривичног дела или од којих зависи примена неке друге одредбе Кривичног законика суд у пресуди или решењу које одговара пресуди решава у корист окривљеног (члан 18 став 3 ЗКП). Појам Кривичног законика би требало схватити у ширем смислу, односно тумачити га у складу са појмом кривичног законодавства о којем говори члан 112 став 2 КЗ. То значи да би поред одредаба Кривичног законика *stricto sensu*, дошле у обзир и све кривичноправне одредбе садржане у другим законима.

И начело опортунитета кривичног гоњења је у значајној мери проширено, што је израз настојања да се по угледу на упоредна искуства пронађе одговарајуће решење за пораст броја кривичних предмета и умање примедбе о спором дељењу правде. Овој ситуацији је у одређеној мери кумовао и сам законодавац пренаглашеном криминализацијом, па се излаз из постојећег стања тражи и у вансудском решавању спорова. Услед тога се, према мишљењу појединих аутора,¹⁴ поступци помирења, поравнања и медијације, као и убрзане и поједностављене форме кривичног поступка појављују као услов *sine qua non* за опстанак правосудног система.

Новела од 2009. године је проширила могућност јавног тужиоца да одложи кривичног гоњење. Најпре је у преткривичном поступку укинула сагласност суда као услов за коришћење ове процесне установе, под условом да је реч о кривичном делу за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године (члан 236 став 1 ЗКП). Новина је да јавни тужилац може одложити кривично гоњење осумњиченог и за кривична дела за која је предвиђена казна затвора преко три године а највише до пет година, ако то одобри ванрасправно веће (члан 236 став 2 ЗКП). У оба случаја одлагање кривичног гоњења претпоставља спремност осумњиченог да, у року који не може бити дужи од шест месеци, изврши једну или више обавеза предвиђених чланом 236 став 1 ЗКП.

Извршење наведених обавеза може под одговарајућим условима да има утицаја и на ток кривичног поступка, односно може довести до одустанка јавног тужиоца од оптужбе. И у овом случају је направљена раз-

¹³ О томе видети наш рад: *In favorem defensions – homage to professor dr Ђорђе Лазину*, Бранич Часопис за правну теорију и праксу Адвокатске коморе Србије, Година СХХII, Нова серија, бр. 1, Београд, 2009, 35-42.

¹⁴ F. Tulkens, *Negotiated justice*, in M. Delmas-Marty and J. R. Spencer (Edited by), *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, 649.

лика између кривичних дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године, на једној страни, и кривичних дела која су запрећена казном затвора преко три, а до пет година затвора, на другој (члан 236 ст. 6 и 7 ЗКП). Иако је реч о кривичним делима за која се пред судијом појединцем води скраћени кривични поступак (члан 24 став 1 *in fine* и члан 433 ЗКП), законодавац је као услов за „наметање“ обавеза окривљеном¹⁵ за лакша кривична дела предвидео сагласност суда (члан 236 став 6 ЗКП), док је у односу на тежа дела неопходно решење ванрасправног већа (члан 236 став 7 ЗКП). У случају да окривљени испуни прихваћене обавезе, јавни тужилац ће до завршетка главног претреса одустати од кривичног гоњења што има за последицу доношење одбијајуће пресуде (члан 236 став 8 ЗКП).

Ако се остави по страни дилема да ли је требало ограничавати право јавног тужиоца да самостално одлучи о испуњености услова за одбацивање кривичне пријаве односно за одустанак од оптужбе,¹⁶ остаје нејасно због чега је законодавац увео ванрасправно веће у ову процесну ситуацију? Реч је о кривичним делима за која поступак води судија појединац, па се тешко може разумети да судија који је позван да мериторно одлучи о оптужби јавног тужиоца није овлашћен да да одобрење или сагласност, односно да решењем одобри јавном тужиоцу да поступи у складу са чланом 236 ЗКП. Додатну забуну уноси и то што се једино у члану 236 став 7 ЗКП говори о решењу ванрасправног већа, што би значило да се таква одлука може побијати жалбом, а остаје спорно да ли је то могуће када је реч о одобрењу или сагласности из члана 236 ст. 2 и 6 ЗКП. Чини се да би у случају одобрења ванрасправног већа (члан 236 став 2 ЗКП) такву могућност требало допустити, док у случају сагласности, коју законодавац помиње и у неким другим процесним ситуацијама (на пример, у члану 244 став 1 ЗКП који сагласност истражног судије поставља као услов за подизање непосредне оптужнице), то не би било могуће.

Измене члана 236 ЗКП одразиле су се на одређени начин и на члан 237 ЗКП који уређује случај одбачаја кривичне пријаве услед стварног кајања осумњиченог. С обзиром на то да одредба члана 237 ЗКП предвиђа да таква могућност постоји у погледу кривичних дела из члана 236 ЗКП, може се поставити питање да ли би дошла у обзир и кривична дела

¹⁵ У члану 236 став 6 ЗКП погрешно се користи назив осумњичени.

¹⁶ Насупрот томе, хрватски законодавац је у члану 523 став 1 Закона о казном поступку („Народне новине“, бр. 152/2008 и 76/2009) предвидео да ће судија појединац у случају условног одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења донети решење о прекиду кривичног поступка. При том, одлука јавног тужиоца није условљена претходном сагласношћу суда.

за која је забрањена казна затвора преко три, а до пет година затвора (члан 236 ст. 2 и 7 ЗКП)? У прилог потврдног одговора би се могла навести одредба Кривичног законика која, након последњих измена, омогућава да се институт дела малог значаја примени на кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна (члан 18 став 3 КЗ). Међутим, ако се има у виду да институт дела малог значаја представља инструмент криминалнополитичког реаговања на подручју багателног криминалитета којим се, условно говорећи, из кривичноправе области искључују безначајна кривична дела,¹⁷ решењу из члана 18 став 3 КЗ се могу упутити аргументоване критике. Због тога би *de lege ferenda* могућност одбацивања кривичне пријаве под условима из члана 237 ЗКП требало изричито везати за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године.

II

Значајне измене су извршене у оквиру мера за обезбеђење присуства окривљеног и за несметано вођење кривичног поступка. Једна од новина се односи на меру забране напуштања боравишта, тако да је могућност њене примене проширена и на стан (члан 136 ЗКП). Другим речима, ако су испуњени услови за одређивање ове мере, суд може забранити окривљеном да напушта не само место боравишта, већ и свој стан (члан 136 став 1 ЗКП).

Отварањем могућности да се окривљеном забрани да напушта свој стан у наш кривични поступак је практично уведена кућни притвор. Слична процесна решења постоје у упоредном праву, а њихово оправдање се налази у потреби свођења притвора на меру за обезбеђење присуства окривљеног која има изузетан карактер. У прилог ове измене говоре и подаци о порасту затворске популације у нашој земљи. Сагледан у светлу структуре затворених лица, пораст затворске популације последица је повећања броја осуђених и, нарочито, притворених лица. То потврђују и подаци о броју затворених лица у току 2009. године који су садржани у наредној табели.¹⁸

¹⁷ Н. Делић, *Нова решења ошћих инстћишућа у КЗС*, Едиција Цримен, Београд, 2009, 41.

¹⁸ Извор: Управа за извршење кривичних санкција Министарства правде Републике Србије.

затворена лица	31. 12. 2008.	30. 11. 2009.	% увећања
притворени	2.373	2.941	23,93%
осуђени	6.709	7.260	8,21%
мере лечења	218	242	11,00%
малолетнички затвор	42	43	2,28%
васпитна мера	191	232	21,46%
прекршајно кажњени	168	256	52,38%
укупно	9.701	10.974	13,12%

У циљу успешног спровођења мере забране напуштања стана, суду је дата могућност да наложи примену електронског надзора ради контролисања поштовања ограничења која су окривљеном одређена, под условом да то не шкоди здрављу окривљеног (члан 136 став 10 ЗКП). Суд може одредити електронски надзор и као самосталну меру у циљу заштите оштећеног или сведока, спречавања да окривљени утиче на саучеснике или прикриваче, или ако постоји опасност да окривљени доврши започето кривично дело, понови кривично дело, односно учини кривично дело којим прети (члан 136 став 11 ЗКП).

Уз забрану напуштања стана или боравишта окривљеном може бити привремено одузета возачка дозвола (члан 136 став 2 ЗКП). Поред тога, одузимање возачке дозволе се може изрећи и као самостална мера ако се поступак води због кривичног дела угрожавања безбедности саобраћаја које је проузроковало тешке последице или је извршено са умишљајем. Време за које је возачка дозвола одузета осумњиченом или окривљеном који је на слободи урачунаће се у изречену казну одузимања возачке дозволе или меру безбедности забране управљања моторним возилом (члан 136 став 9 ЗКП).

Ово решење је подложно критици, јер се казна одузимања возачке дозволе може изрећи учиниоцу кривичног дела у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило (члан 53 став 1 КЗ). Основни услов за изрицање одузимања возачке дозволе јесте чињеница уколико је учинилац у вези са извршењем или припремањем кривичног дела користио моторно возило.¹⁹ Битно је да постоји функционална веза између коришћења моторног возила и учињеног дела, с тим да нема ограничења које то дело може да буде, осим оног који произлази из саме природе појединих кривичних дела.²⁰ Другим речима, о урачунавању

¹⁹ З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, Службени гласник, Београд, 2006, 198.

²⁰ *Ibid.*, 199.

времена за које је одузета возачка дозвола лицу осуђеном за кривично дело угрожавања безбедности саобраћаја које је проузроковало тешке последице или је извршено са умишљајем у смислу члана 136 став 9 ЗКП, може бити речи само у односу на меру безбедности забране управљања моторним возилом. Због тога би *de lege ferenda* одредбу члана 139 став 9 ЗКП требало изменити на тај начин што би, поред кривичног дела угрожавања безбедности саобраћаја које је проузроковало тешке последице или је извршено са умишљајем, требало предвидети и кривично дело у вези са чијим извршењем или припремањем је коришћено моторно возило.

Следећа измена се односи на зајамчене стандарде за одређивање притвора, а последица је одлуке Европског суд за људска права, донете у случају Вренчев против Србије од 23. септембра 2008. године. Значај ове, као уосталом и других одлука Суда у Стразбуру, јесте у томе што непосредним указивањем на слабости националног кривичног поступка посредно изграђује концепт европског кривичног поступка²¹ заснованог на моделу правичног процеса.²² На тај начин Европски суд за људска права ствара на нивоу међудржавних односа нова правила која обавезују државе потписнице Европске конвенције о људским правима.²³ Околност да ова правила остају изван правног поретка држава, ниуколико не умањује њихов фактички утицај на тумачење које усвајају национални судови. Наиме, у случају да судови једне државе одбију да прихвате став Европског суда за људска права, отвара се могућност да поменута држава у случају подношења нових тужби буде осуђена због кршења основних слобода и права зајемчених Европском конвенцијом о људским правима.

У поменутој одлуци Вренчев против Србије утврђено је да је дошло до повреде члана 5 став 3 Европске конвенције о људским правима. У најкраћем, притвор који је одредио суд не искључује накнадну судску контролу оправданости притварања, што има нарочит значај када окривљени није саслушан приликом доношења решења о одређивању притвора. У поменутом предмету не само да такво рочиште није одржано, већ окривљени није добио прилику да се пред судом изјасни о разлозима за

²¹ M. Delmas-Marty, *Introduction*, in M. Delmas-Marty (sous la direction de), *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)*, Presse Universitaire de France, Paris, 1995, 28–30.

²² R. De Gouttes, *Droit pénal et droits de l'homme*, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, N° 1, Paris, 2000, 135.

²³ P. Mayer, *L'applicabilité directe des conventions internationales relatives aux droits de l'homme*, in M. Delmas-Marty, C. Lucas de Leyssac (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux Introduction, textes et commentaires*, deuxième édition, Seuil, Paris, 2002, 311, 312.

притварање ни када је одлучивано о његовој жалби против решења о притвору. Тек након двадесет дана је окривљени био лично изведен пред судију, а чак ни тада то није био део поступка у којем је размотрена основаност притвора, већ је то било приликом самог суђења.

Изложени ставови Европског суда за људска права су нагнали законодавца да пропише да се одлука о одређивању притвора доноси по саслушању окривљеног, док се о продужењу или укидању притвора одлучује у седници већа (члан 142а став 1 ЗКП). Саслушање окривљеног је, дакле, везано само за случај када истражни судија или ванрасправно веће одлучује о испуњености услова за одређивање притвора, што у процесном смислу значи да се одлука о томе има донети након одржаног рочишта. То међутим није неопходно када се одлучује о продужењу или укидању притвора, јер се такве одлуке доносе у седници већа, тј. без расправе, будући да у светлу кратких рокова за доношење ових одлука и судова који су надлежни за то, не би ни било могуће одржати рочиште. Прописано је чак и то да се одлука о одређивању притвора може изузетно донети без одржавања рочишта ако је немогуће да се окривљеном уручи позив за саслушање, због непријављивања промене адресе или постојања опасности од одлагања (члан 142а став 5 ЗКП). У том случају би суд био обавезан да у року од 48 сати од часа лишења слободе окривљеног поступи у складу са чланом 142а ст. 1 до 4. ЗКП (члан 143 став 7 ЗКП).

Нова законска регулатива, у вези са одређивањем притвора, могла би да створи одређене дилеме у пракси. Може се најпре поставити питање да ли обавезивање суда да сачини посебан записник о саслушању окривљеног или седници већа (члан 142а став 4 ЗКП) значи да се рочиште о притвору мора одржати одвојено од осталих рочишта, на пример, оног на којем истражни судија саслушава лице лишено слободе које му је доведено и одмах по саслушању одлучује да ли ће лице пустити на слободу или ће одредити притвор (члан 228 ЗКП)? Јасно је да у овој, као и у другим сличним процесним ситуацијама, нема потребе да се одржава засебно рочиште о којем би се састављао посебан записник. У таквим случајевима је битно да суд саслуша окривљеног и у вези са разлозима за одређивање притвора, као и да изјаву окривљеног о томе унесе у записник.

Донекле је спорно и какву би одлуку требало да донесе суд у случају привођења окривљеног према којем је, сагласно члану 142а став 5 ЗКП, одређен притвор? Да ли би постојеће решење о одређивању притвора требало најпре укинути, а потом одлучивати о испуњености услова за притварање, или би решење о притвору које је донето у одсуству окривљеног требало да буде, у зависности од тога да ли су испуњени услови за

одређивање притвора, потврђено или укинито? Друго решење би се могло оценити као исправно, јер је оно у складу са начином на који суд испитује одређену одлуку, било да то чини по правном леку или по службеној дужности.²⁴ Дакле, суд би поступајући у складу са чланом 143 став 7 ЗКП потврђивао или укидао решење о притвору које је донето у одсуству окривљеног.

Једна од новина у вези са притвором се односи на продужење притвора у истрази за кривична дела за која се може изрећи казна затвора преко пет година или тежа казна (члан 144 став 3 ЗКП). Иако је некадашње решење по којем је о томе одлучивало веће Врховног суда Србије замењено формулацијом да то чини веће непосредно вишег суда, тиме није у потпуности избегнута надлежност највишег републичког суда. Наиме, у случају да веће апелационог суда одлучи да за поменута кривична дела продужи притвор за још три месеца, против такве одлуке се може изјавити жалба о којој би, сагласно члану 401 став 1 ЗКП, одлучивало веће Врховног касационог суда. Ако се има у виду да се највиши републички суд готово и не може наћи у прилици да расправља о чињеничним питањима, тешко је наћи оправдање због чега би то чинио у случају жалбе на решење о продужењу притвора.

Када је реч о притвору, требало би се осврнути и на одредбу која предвиђа дужност суда да када, одлучујући о жалби против решења којим се одређује, укида или продужава притвор, решење укине и предмет упути на поновно одлучивање, истовремено одлучи и о притвору (члан 401 став 4 ЗКП). Нова законска редакција ставља другостепени суд пред „немогућу мисију“, јер захтева од њега да по укидању решења којим је одређен, укинута или продужена притвор²⁵ и враћања предмета на поновно одлучивање првостепеном суду,²⁶ уједно одлучи и о притвору. Нејасно је како би другостепени суд могао да одлучује о притвору након што је укинуо решење којим је ова мера одређена, укинута или продужена? Ако се

²⁴ Мада ретко, преиспитивање донете одлуке по службене дужности постоји и у нашем кривичном законодавству. Реч је о одредби члана 28 ст. 1 и 2 Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима („Службени гласник РС“, број 20/2009) која обавезује ванпретресно веће да решење којим одбија изручење достави непосредно вишем суду. Одлуке које се у вези с тим могу донети су: решење о потврђивању, укидању или преиначењу решења нижег суда.

²⁵ Тиме није искључена могућност да другостепени суд, на пример, потврди решење о продужењу притвора или преиначи решење којим је укинута притвор.

²⁶ Иако се у нашем кривичном процесном праву не говори о поништењу судске одлуке, таква могућност постоји када је реч о одлучивању о жалби изјављеној против решења. Наиме, суд је овлашћен да по уважавању жалбе решење укине и, *по њошроби*, предмет упутити на поновно одлучивање (члан 401 став 3 ЗКП).

настојало да другостепени суд преиначи одлуку о притвору онда о враћању предмета нижем суду на поновно одлучивање не може бити говора, јер је преиначење одлуке сложена активност којом другостепени суд укида првостепену одлуку – о чему не доноси посебну одлуку – и надомешта укинута одлуку својом новом одлуком.²⁷

Може се закључити да ће примена члана 401 став 4 ЗКП, којим је законодавац покушао да отклони могућност да окривљени буде пуштен на слободу након укидања првостепене одлуке, а пре него што суд првог степена поново одлучи о одређивању притвора, створити проблеме у пракси. Поред тога, ново законско решење је у супротности са одредбом члана 146 ст. 2 и 3 ЗКП која прописују да се по доношењу решења о укидању притвора окривљени има одмах пустити на слободу, без обзира што је уложена жалба против такве одлуке. Управо на тај начин је требало решити и случај у којем жалбени суд укине решење о одређивању притвора, тако да није ни било потребе за уношењем става 4 у члан 401 ЗКП.

Ризик од непостојања правног основа за задржавање окривљеног у притвору након што је решење о одређивању притвора укинута и предмет враћен на поновно одлучивање, законодавац је можда могао да отклони на други начин. На пример, прописивањем да другостепена одлука о укидању притвора не постаје одмах извршна, него тек по протеклу рока од 24 или 48 сати у којем би првостепени суд био обавезан да поново размотри предмет. Отворено је питање не само да ли би у наведеном року било могуће одлучити о одређивању притвора, већ и у којој мери би такво решење било у складу са зајемченим стандардима заштите права окривљеног у кривичном поступку.

III

На крају одредаба које се односе на вештачење (чл. 113 до 132 ЗКП) унет је члан 132а ЗКП који уређује могућност коришћења фотографија и звучних, односно звучних и видео снимака као доказа у кривичном поступку. Ако се остави по страни околност да ова проблематика нема готово никакве везе са вештачењем²⁸ (као што уосталом не мора да има ни телесни преглед осумњиченог или окривљеног о којем говори члан 131

²⁷ С. Трива, *Грађанско парнично процесно право*, Четврто поправљено и допуњено издање, Народне новине, Загреб, 1980, 566, 567.

²⁸ Веза би се могла пронаћи једино у услови који се поставља за коришћење материјала у кривичном поступку, тј. потреби да се исклучи фотомонтажа или видеомонтажа или други облици фалсификовања (члан 132а став 3 ЗКП) што би могло да буде предмет вештачења.

став 1 ЗКП), ново законско решење би требало да отклони дилеме које су постојале у пракси у вези са доказном вредношћу фотографских, звучних и видео снимака у кривичном поступку. Међутим, начин на који је одредба написана, беспотребно понављање израза у оквиру ње²⁹ и потреба да се нормирају, ако не све, а оно бар већина ситуација на које се она односи (што је случај са одређивањем јавних површина и јавних објеката у ставу 6 члана 132а ЗКП), изродили су нормативно решење које би у пракси могло да створи поприличне проблеме.

Један од њих се односи и на услове под којим би снимци из члана 132а ЗКП могли да буду коришћени као доказ у кривичном поступку. Једино се код снимака осумњиченог или окривљеног, направљених уз његову сагласност, изричито захтева да буде утврђена аутентичност и да буде искључена фотомонтажа или видеомонтажа или други облици фалсификовања (члан 132а став 3 ЗКП).³⁰ То, међутим, није случај када је реч о снимцима осумњиченог или окривљеног који су начињени без његове сагласности, али уз пристанак лица које се и сâмо налази на том снимку (члан 132а став 4 ЗКП). Изостанак поменутог услова „аутентичности“ је приметан и када је реч о снимцима осумњиченог или окривљеног који су настали као резултат примене општих безбедносних мера на јавним површинама или објектима (члан 132а став 6 ЗКП), што се и може правдати ставом да је реч о пословима од јавног интереса за које би важила претпоставка (истина, оборива) да се обављају *bona fides*. Није јасно због чега је такав значај придат и снимцима који су настали као вид безбедносних мера предузетих од стране држаоца стана или других просторија (члан 132а став 7 ЗКП), изузев ако законодавац није био „надахнут“ решењем садржаним у ставу 4 члана 132а ЗКП.

Све ове дилеме су могле да буду превазиђене да је законодавац у оквиру посебне доказне радње уредио проблематику доказивања исправом (што у суштини и јесу снимци из члана 132а ЗКП). При том би за јавне исправе важила оборива претпоставка да су истините, док би се истинитост осталих утврђивала у складу са правилима доказивања у кри-

²⁹ Примера ради, израз *фотографије, звучни, односно звучни и видео снимци* употребљен је чак дванаест пута у оквиру првих осам ставова члана 132а ЗКП. Мало је недостајало да то буде и учињено и тринаести пут да се у ставу 9 члана 132а ЗКП не говори, вероватно омашком, о *фотографијама или видео, односно звучним и видео снимцима*. Проблем је, међутим, што став 9 упућује на став 1 и ст. 3 до 7 члана 132а ЗКП, изједначавајући на тај начин појмове који се не могу поистоветити, тј. звучне са видео снимцима.

³⁰ С обзиром да законска одредба поставља кумулативни захтев за постојање два услова: аутентичности и искључења монтаже или фалсификовања снимка, намеће се питање у чему је разлика између њих?

вичном поступку.

Новела од 2009. године је унела значајне измене и у жалбени поступак, од којих би требало поменути немогућност другостепеног суда да у истом предмету два пута укида првостепену пресуду и враћа предмет на поновно одлучивање нижем суду. И ова процесна ситуација је донекле спорна, јер је у члану 377 став 5 ЗКП прописано да се у том случају пред другостепеним судом мора одржати претрес. На другој страни, у члану 385 став 2 ЗКП је предвиђено да другостепени суд доноси одлуку у седници већа или након одржаног претреса, што је једино исправно решење.

Обавеза другостепеног суда да поступи на начин предвиђен у члану 385 став 2 ЗКП, односно да чешће него да сада отвори претрес, могла би да створи у пракси одређене недоумице. С обзиром на то да се на претресу пред другостепеним судом сходно примењују одредбе које важе за главни претрес пред првостепеним судом (члан 379 ЗКП), намеће се питање да ли у те одредбе спада и члан 309 ЗКП који уређује материју одлагања главног претреса? Другим речима, да ли претрес мора почети изнова у случају када је измењен састав већа (члан 309 став 1 ЗКП)?

У процесној теорији је неспорно да је поље дискусије, предлагање и суђење у другостепеном поступку ограничено садржајем жалбе, изузев онога о чему се води рачуна по службеној дужности.³¹ То важи и за претрес пред другостепеним судом који представља специфичан начин одлучивања о жалби, пошто је суђење, у начелу, ограничено основима, делом и правцем побијања пресуде истакнутим у жалби. Због тога се не би могло бранити гледиште да би, због промене већа, на претресу требало изводити све доказе изнова, тако да примена члана 309 став 1 ЗКП не долази у обзир.

С тим у вези, треба рећи да и у светлу нове обавезе другостепеног суда (члан 385 став 2 ЗКП), постојање жалбе којом се побија исправност чињеничног основа првостепене пресуде представља основну претпоставку за одржавање претреса. Претрес би се морао кретати у границама жалбених навода, што значи да виши суд не би смео испитивати побијану пресуду *ultra petita*, а такође био би обавезан да се придржава и истакнутог правца побијања. Међутим, како је странкама дато право да на самом претресу износе нове чињенице³² и нове доказе (члан 378 став

³¹ Т. Васиљевић, *op. cit.*, 619.

³² У процесној теорији се прави разлика између *субјективно* нових чињеница (догодиле су се пре настанка пресуде, али је жалитељ за њих сазнао тек након тога), *објективно* нових чињеница (догодиле су се након настанка пресуде, па жалитељ раније није могао да зна за њих) и чињеница које су се догодиле пре настанка пресуде, а жалитељ је пре тог момента знао да су се догодиле, па их је изнео у жалби. С. Трива, *op. cit.*, 542, 543.

4 ЗКП), а и другостепени суд се по службеној дужности може упустити у утврђивање чињеничног стања (члан 379 у вези са чланом 326 став 4, чланом 340 став 2, чланом 348 став 1 и чланом 350 став 1 ЗКП), могуће је да током расправе дође до прекорачења жалбом постављених оквира.

Реч је, пре свега, о правцу побијања првостепене пресуде, пошто противна странка настоји да изношењем нових чињеница и доказа оспори жалиочеве тврдње, а и сам другостепени суд, ако одреди извођење неког доказа, не може унапред са сигурношћу да зна хоће ли он бити у корист или на штету одређене странке. У случају да тужиоцу пође за руком да оповргне наводе оптуженог, односно ако изведени докази упућују на такав закључак, искрсава питање како би требало поступити у случају када новоутврђене чињенице пружају основ за строжу правну квалификацију дела или за изрицање строже кривичне санкције.

Требало би се држати основног правила да се положај окривљеног не може погоршати никако на основу жалбе изјављене у његову корист, већ једино по усвајању жалбе уложене на његову штету. Имајући у виду, међутим, да претресање ствари у другостепеном поступку носи у себи могућност прекорачења жалбених оквира, неопходно је на додатни начин зајемчити окривљеном да, у случају неуспеха пред жалбеним судом, неће погоршати свој положај. Гаранцију за то му пружа забрана преиначења на горе која обавезује другостепени суд да, уколико одбије жалбу оптуженог као неосновану, потврди првостепену пресуду, без обзира што исход претреса указује на потребу строже правне квалификације дела или изрицања строже кривичне санкције. Према томе, на претресу пред другостепеним судом би важила забрана *reformatio in peius*.

У пракси је искрсло и питање примене члана 309 ЗКП у случају када жалбени суд укине првостепену пресуду и нареди да се нови главни претрес одржи пред потпуно измењеним већем суда првог степена (члан 389 став 2 ЗКП). На новом главном претресу се као основа за суђење узима ранија оптужница или само онај њен део који се односи на укинута део пресуде (члан 394 став 1 ЗКП), при чему странке могу истицати нове чињенице и износити нове доказе, а суд је дужан да изведе све процесне радње и расправи сва спорна питања на која му је указао другостепени суд у својој одлуци (члан 394 ст. 2 и 3 ЗКП).³³ Ако се нови главни претрес држи пред потпуно измењеним већем сви докази се морају поново извести, што значи да нема могућности за примену члана

³³ Имајући у виду ову обавезу суда пред којим се одржава нови главни претрес, Трива истиче да поновни поступак пред првостепеним судом представља јединствену процесну целину са поступком у којем је била донета укинута пресуда. *Ibid.*, 562.

309 став 4 ЗКП. Једини изузетак би постојао у случају делимичног укидања првостепене пресуде. С обзиром на то да неукинути део пресуде стиче правноснажност, на новом главном претресу пред измењеним већем би се могли изводити само докази који се односе на укинути део пресуде.

У односу на пређашње законско решење, Новела од 2009. године је проширила круг кривичних дела о којима се одлучује у скраћеном кривичном поступку. Реч је о кривичним делима за која је као главна казна предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година (члан 433 став 1 ЗКП). Последице које је проузроковала ова измена су различите, почев од одређених нормативних неусклађености у оквиру скраћеног поступка, па до укидања могућности за примену појединих поједностављених форми кривичног поступка.

Када је реч о разлозима за одређивање притвора, задржана је одредба која прописује да се ради несметаног вођења кривичног поступка ова мера може одредити према лицу за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело за које се може изрећи казна затвора од три године (члан 436 став 1 тачка 2 ЗКП). Иако је изворна намера законодавца била да могућност притварања ограничи само на кривична дела за која се до доношења Новеле од 2009. године могао водити скраћени кривични поступак, може се поставити питање да ли се, у светлу нове редакције члана 433 став 1 ЗКП, од првобитне намере одступило? Наиме, треба ли притвор по члану 436 став 1 тачка 2 ЗКП везивати само за кривична дела за која се може изрећи казна затвора до три године или би поменута казна представљала само доњу границу, док би казна од пет година за твора уоквиривала кривична дела за која се може одредити притвор?

Ових дилема свакако не би ни било да је законодавац извршио неопходна усклађивања кривичних дела за која се може водити скраћени кривични поступак, на једној страни, са кривичним делима која представљају основ за притварање окривљеног у том поступку, на другој. Будући да то није урађено, требало би сматрати да приликом одређивања притвора на основу члана 436 став 1 тачка 2 ЗКП долазе у обзир кривична дела за која се може изрећи казна затвора од три до пет година.

Следећи пропуст у оквиру одредаба о скраћеном поступку је начињен у члану 446 став 3 ЗКП. Реч је о норми која уређује круг кривичних санкција које суд може да изрекне окривљеном који је у потпуности признао извршење кривичног дела. С обзиром на то да је по ранијем законском решењу било могуће да председник суда, на предлог овлашћеног тужиоца и уз изричит пристанак окривљеног, одобри да се скраћени поступак води и за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет

година (члан 433 став 2 ЗКП), судија појединац је у случају признања окривљеног могао да поступи на два начина.

Када је реч о кривичним делима за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године судија појединац је могао, поред осталог, да окривљеном изрекне казну затвора до једне године (члан 446 став 3 ЗКП). У случају да је, под условима из члана 433 став 2 ЗКП, окривљени на главном претресу у скраћеном поступку у потпуности признао кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година, судија појединац је имао могућност да му изрекне казну затвора до три године (члан 446 став 3 *in fine* ЗКП).

Након Новеле од 2009. године подела кривичних дела на она за која се скраћени поступак води по правилу (прописана новчана казна или казна затвора до три године) односно по изузетку (прописана казна затвора до пет година) изгубила је на значају, па је питање да ли би требало задржати одређену разлику приликом изрицања казне затвора окривљеном који је на главном претресу признао кривично дело? Са тим у вези, треба рећи да одредба члана 446 став 3 *in fine* ЗКП погрешно упућује на кривична дела из члана 443 став 2 ЗКП, уместо на члан 433 став 2 ЗКП. У члану 443 ЗКП став други није ни постојао, док члан 433 став 2 ЗКП више не постоји, јер је Новелом од 2009. године брисан.

Остаје дакле питање да ли би судија појединац у новом нормативном окружењу требало да се придржава правила о погодностима које повлачи признање кривичног дела за која се може изрећи казна затвора до пет година? Одговор је потврдан, јер погодност која се везује за признање кривичних дела за која се прописана новчана казна или казна затвора до три година није доведена у питање. Не би зато требало напуштати ни доскорашње решење да признање кривичног дела за које се може изрећи казна затвора до пет година „завређује“ до три године затвора.

Проширење кривичних дела за која се води скраћени кривични поступак одразило се и на круг кривичних дела за која се води истрага. Ако се има у виду да се скраћени поступак води за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година (члан 433 став 1 ЗКП), јасно је да се истрага спроводи за кривична дела за која је прописана казна затвора од пет или више година. Ова промена се одразила и на члан 244 став 6 ЗКП који уређује могућност подношења „праве непосредне“ оптужнице, тако да истрага може изостати ако прикупљени подаци који се односе на кривично дело за које је предвиђена казна затвора до осам година и учиниоца пружају довољно основа за оптужење. *Argumentum a contrario*, подизање „неправе непосредне“ оптужнице се

односи на кривична дела за која је прописана казна затвора од осам или више година (члан 244 ст. 1 до 5 ЗКП).

За разлику од изложене регулативе која сведочи да је законодавац водио рачуна о последицама које произлазе из проширења круга кривичних дела за која се спроводи скраћени кривичних поступак, постоји пример где је пропустио да то учини. Реч је о поступку за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије (чл. 455 до 458 ЗКП). Један од материјалних услова за примену наведених законских одредаба односи се на кривична дела за која се поступак може водити. У питању су дела за која је прописана новчана казна као главна казна или казна затвора до пет година (члан 455 став 2 ЗКП), дакле, кривична дела за која се, сагласно члану 433 став 1 ЗКП, спроводи скраћени поступак.

Ова неусклађеност би могла да створи дилему да ли би поступак за кажњавање и изрицање условне осуде требало да се спроводи пред судијом појединцем или истражним судијом? Дилема је на жалост непостојећа, јер се услед законодавчевог превида овај поступак за изрицање кривичних санкција без главног претреса не може више водити. На такав закључак упућује, на пример, одредба о могућности јавног тужиоца да одмах након завршене *испраје*, а најкасније у року од осам дана, у подигнутој *ошужници* предложи да се уместо главног претреса закаже посебно јавно рочиште пред истражним судијом (члан 455 став 1 ЗКП). И помињање *приговора против ошужнице* који би искључивао могућност примене овог посебног поступка (члан 456 став 1 ЗКП), сведочи да се не ради само о питању функционалне надлежности суда, већ о поступку који је био осмишљен за кривична дела за која је пре Новеле од 2009. године било могуће водити истрагу, па је логично да се у наведеним одредбама говори о истрази, оптужници и приговору на оптужницу.

Интересантно је да овај законодавчев пропуст није у довољној мери уочен у процесној теорији, већ се, напротив, одређени аутори питају због чега ова посебна форма кривичног поступка није изостављена приликом последње новеле процесног законика.³⁴ Иако нехотице, законодавац је управо то и постигао, а да није био свестан да је направио одређени ко-

³⁴ В. Ђурђић, *Упрошћене форме кривичног поступка*, ин Савремене тенденције кривичне репресије као инструмент сузбијања криминалитета (зборник радова са саветовања одржаног у Бијељини 15. и 16. априла 2010. године), Министарство правде Републике Српске, Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Брчко дистрикт Босне и Херцеговине, Београд, 2010, 71.

³⁵ Ђурђић се позива на резултате истраживања које показује да у периоду од 2006. до 2008. године није било ниједног спроведеног поступка за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије. *Ibidem*

рак у правцу отклањања приговора да се овај поступак у пракси готово и не примењује.³⁵ Чињеница да се након Новеле од 2009. године скраћени поступак спроводи за кривична дела за која и кривични поступак за кажњавање и изрицање условне осуде, требало је, у случају задржавања ове поједностављене форме поступка, да послужи као путоказ за поверавање функционалне надлежности за спровођење поступка судији појединцу. Дакле, судије који је, за разлику од истражног судије, позван да мериторно одлучи о кривичној ствари, што га чини „заинтересованијим“ од свог истражног колеге за окончање поступка без главног претреса. На тај начин би, уз одређене измене којим би одредбе чл. 455 до 458 ЗКП биле примерене установама скраћеног поступка, поступку за кажњавање и изрицање условне осуде могао да буде „удахнут живот“.

IV

Ово су само неке од измена и допуна које је Новела од 2009. године унела у наш кривични поступак. То не значи да није било и других о којима би вредело говорити као што је, на пример, нови члан 299 ЗКП о одржавању реда на главном претресу који у ст. 4 и 5 садржи одредбе које се касније дословце понављају у члану 300 ЗКП. Такође, у ставу 2 члана 337 ЗКП се упућује на рок из члана 309 став 3 ЗКП који више не постоји. О другим процесним установама које представљају значајну новину у нашем кривичном процесном законодавству је већ аргументовано писано (као што је случај са споразумом о признању кривице),³⁶ па није било потребе освртати се на њих.

Новела од 2009. године представља несумњиво велики захват којим је постојећа кривична процедура у бројним аспектима побољшана. Том приликом је законодавац не само ускладио решења у кривичном процесном законнику са одредбама уставног карактера, већ је у одређеној мери успео да отклони неке недоречености које су постојале у највишем правном акту (на пример, одредбе о искључењу јавности са главног претреса). Законско уобличење појединих уставних одредаба указује чак и на правац у којем би требало реформисати наш кривични поступак. Један од њих је и превођење главног претреса од фазе којом руководи суд до страначке расправе која се одвија пред судом.

Углавном је успешно извршено и усклађивање решења процесног карактера са решењима у материјалном кривичном законодавству, о чему

³⁶ О томе видети веома аргументован рад др С. Бељанског, објављен у „Браничу“ број 2/2009.

сведоче разлози за доношење одређених судских одлука, који су на трагу концепта објективно-субјективног појма кривичног дела који предвиђа члан 14 КЗ. Испоштовани су и одређени међународни стандарди зајемчених права окривљеног, као што је случај са увођењем обавезе одржавања рочишта пре доношења одлуке о одређивању притвора.

Неминовно је да реформски захват попут Новеле од 2009. има и своје недостатке на које је и указано у овом раду. Они су последица, пре свега, настојања да се поступак учини бржим и економичнијим, које је дошло до изражаја у завршној фази рада на изменама и допунама ЗКП. У недостатку времена посегло се за дословним преузимањем неких решења из ЗКП од 2006. године, иако је реч о пројекту који је у стручној јавности наишао на оправдане критике.³⁷ С друге стране, није вођено довољно рачуна о повезаности појединих процесних установа и последицама које измена једне може имати на могућност примене друге. Без довољног промишљања су укинута неки процесни институти, као што су захтев за ванредно ублажавање казне и захтев за ванредно преиспитивање правоснажне пресуде, а да то није надомештено одговарајућом заменом.

Све у свему, добре стране Новеле од 2009. године ипак претежу над њеним недостацима, које не би требало поновити приликом израде новог Законика о кривичном поступку.

³⁷ Зачуђујућа брзина и забрињавајућа површност у доношењу ЗКП од 2006. године, створила је код појединих аутора сумњу да су разлози за доношење закона мање правне, а више политичке природе. С. Бељански, *Кривични поступак између права и полицике*, Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр. 10–11, Нови Сад, 2006, 577.