

UDK: 340.13:343.13(497.11)

*др Милан Шкулић*

редовни професор Правног факултета  
Универзитета у Београду

НАЦРТ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ  
КАО ИЗРАЗ ЛОШЕ КОНЦЕПЦИЈЕ И ПОГРЕШНИХ  
НОРМАТИВНИХ РЕШЕЊА

*1. Уводна разматрања*

Реформисање кривичног поступка Србије све више добија гротескну форму „игара без граница“. У СФРЈ се примењивао веома солидан ЗКП, који је више пута мењан, али без модификације основних концептуалних механизма, а на темељу тог законског текста, који је концептуално утемељен на Законик у судском кривичном поступку Краљевине Југославије, устројен је и Законик о кривичном поступку из 2001. године, који је више пута новелиран, а последњи пут прилично обимно у септембру 2009. године.<sup>1</sup>

Године 2006. у Србији је усвојен и потпуно нови Законик о кривичном поступку, чија је основна одлика била увођење јавно-тужилачке истраге, као и низа процесних механизма усмерених у правцу креирања

---

<sup>1</sup> Више о томе: С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, друго измењено и допуњено издање, „Службени гласник“, Београд, 2010. стр. 86–87.

услова за брже одвијање кривичног поступка, стварање већег броја алтернативна одређивању притвора итд. Након што је у два наврата одлагана примена тог Законика, у погледу којег је његов већ стартни *vacatio legis*, осим у односу на неколико важних одредби, био утврђен на годину дана, тај модерни Законик је потпуно стављен ван снаге, са образложењем да нису створени услови за његову примену.

Није спорно да је Законик о кривичном поступку из 2006. године, поред читавог низа добрих решења, садржавао и нека не сасвим адекватна или недовољно добра нормативна решења,<sup>2</sup> због чега је већ био припремљен и један законски предлог о његовом новелирању, који би га знатно побољшао. Међутим, тај ЗКП је концептуално био веома добар и што је посебно важно, он је постигао одличан баланс између захтева за иновацијом типа истраге и уопште променама у кривичној процедури којима се омогућава брже и ефикасније вођење кривичног поступка и потребе да се очувају већ традиционална и проверено добра решења наше кривичне процедуре, као што је то посебно случај, са организацијом главног претреса, те формулисањем утврђивања истине као циља кривичног поступка.

Закоником о кривичном поступку из 2006. године је први пут у Србији уведена јавно-тужилачка истрага и то на један веома разуман начин, без штетних претеривања, каквим се већ *prima facie* одликују наопаки приступи овоме у Нацрту ЗКП-а из 2010. године.<sup>3</sup> Истрага се у Законнику

---

<sup>2</sup> Обично се сматра да је велики проблем био у релативно кратком времену израде овог Законика. То време заиста није било довољно дугачко и било би боље да се на законском тексту радило бар још неколико месеци, али оно ни у ком случају, није било тако кратко, као што то понекад малициозно наводе неки површни критичари овог Законика. Наиме, Предлог тог Законика је био коначно израђен у априлу 2006. године, а радна група је са радом на изради нацрта започела у мају 2005. године. Тих годину дана је заиста дупло краће од наводне (фамозне) две године колико је трајала израда Нацрта ЗКП-а из 2010. године, али је велико питање да ли је тај Нацрт заиста и рађен две године (у реферату који цитирамо у следећој фусноти, наводи се да је Нацрт резултат **једноипогодишњег рада**), јер је ноторна чињеница да је Министарство правде sukcesивно формирало неколико радних група, понекад и са опречним задацима, па уопште није јасно ни када је тачно формирана та радна група која стоји иза овог Нацрта. Не треба заборавити ни то да је цела једна година протекла у време трајања општег избора судија и јавних тужилаца, што је свакако била велика препрека за редовне активности ове радне групе. Коначно, број промена у овом Нацрту и његова потпуно другачија концепција у односу на наш позитиван ЗКП, морају се довести и у везу са временом израде Нацрта, па чак и да је он заиста рађен две године, те да једну годину није „појео“ реизбор носилаца правосудних функција, ради се о сувише кратком времену.

<sup>3</sup> Како се то са пуно укуса наводи у нашој стручној литератури: „Председник радне групе која је израдила Нацрт законика о кривичном поступку је госпођа Снежана Маловић, министарка правде Републике Србије, а чланови радне групе су: госпођа Невенка Важић, судија Врховног касационог суда, госпођа Радмила Драгичевић-Дичић, судија

о кривичном поступку из 2006. године одликовала давањем значајних овлашћења и истражном судији у тој истрази коју он, иначе, није водио и која се покретала одлуком јавног тужиоца, а пре свега у односу на могућност одлучивања о жалби против решења о спровођењу истраге које доноси јавни тужилац, те у погледу доношења одлука о мерама процесне принуде као што је притвор, као и у односу на одређене доказне радње (тзв. хитне судске радње, које би се вршиле у случају постојања опасности да доказне радње не би могле да се понове на главном претресу, због, на пример, смрти сведока или оштећеног и сл.), у погледу којих је јавни тужилац могао захтевати ангажман истражног судије. Међутим, ипак не треба много жалити што ЗКП из 2006. године није у целости примењен, јер заиста нису створени сви потребни услови за његову адекватну примену, пре свега зато што јавна тужилаштва нису ни кадровски ни технички била спремна да на себе преузму терет вођења истраге, док је, с друге стране, тај Законик био изложен тешким нападима од стране дела стручне јавности и посебно адвокатуре што је, по правилу, чињено без јаких аргумената и више у виду примитивне пропаганде и паушалних необразложених или веома слабо образложених критика. Таква атмосфера није била погодна за примену овог Законика, па и због тога није лоше што до његове потпуне примене никада није дошло.

---

Врховног касационог суда и в.ф. председника Апелационог суда у Београду, госпођа Олгица Милорадовић, заменик Републичког јавног тужиоца, господин Миљко Радисављевић, Тужилац за организовани криминал, др Слободан Бељански, адвокат, др Миодраг Мајић, судија Апелационог суда у Београду, господин Ристо Лекић и госпођа Ана Комненовић, представници Министарства унутрашњих послова Републике Србије и, потписник ових редова, др Горан П. Илић. Секретар радне групе је господин Златко Петровић, начелник Одељења за правне и опште послове у Управи за извршење кривичних санкција Министарства правде, а технички секретар госпођица Милица Ђунић, консултант на пројекту у Министарству правде.“ Састав ове радне групе цитирамо буквално (све и уз неке интерпункцијске и друге грешнице), што чинимо искључиво из едукативних и културолошких разлога, јер ово је редак и веома леп пример отмене примене узвишеног бонтона у нашој литератури и то на један веома одмерен начин, тако да су госпође и господи сви који немају научне титуле, док је докторима наука довољно и то што имају тај високи научни степен, па не морају још приде да буду и господи. Законска и уставна функција *министра* правде се, у складу са свим правилима родно коректног изражавања, правилно и уз дужно поштовање препевава у „министарка“, што само може да радује све наше борце и боркиње за људска права. Цитирано из рада: Г. П. Илић, Кривично процесно законодавство Републике Србије и стандарди Европске Уније, Зборник Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Златибор, септембра 2010. године, стр. 37. У раду цитираног аутора се на стр. 54 наводи да је рад на изради *Нацрта* *трајао једну и по јодину*, чиме овај аутор убедљиво демантује јавно изречени став једног члана Радне групе (*Политика*, рубрика: „Србија разговара“, од 6. децембра 2010, стр. 6–7), да је на *тексту* *Нацрта* *рађено две јодине*.

Интересантно је да се код нас понекад чују и сасвим неаргументоване тврдње да су неке промене у позитивном ЗКП-у, које се, што аргументовано, што неаргументовано критикују, произишле из коришћења решења садржаних у Законику о кривичном поступку из 2006. године. То углавном није тачно. Додуше, нека решења из тог Законика су коришћена, попут оних веома позитивних, као што је могућност проширења одређених ограничења личне слободе, као ефикасне замене за притвор, као свакако најрепресивнију меру процесне принуде, могућност комбиновања таквих мера са јемством итд.

С друге стране, не треба заборавити да су према одредбама Законика из 2006. постојала *шири ванредни правни лек*, а да је у ствари и *четири* некада постојећи ванредни правни лек – захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, био у највећем делу садржан у оквиру захтева за заштиту законитости, те да је тај, од стране Адвокатске коморе много нападан Законик, што је углавном чињено паушално и без јаким аргумената, омогућавао улагање жалбе против пресуде другостепеног суда у чак *четири случаја*. Таква је жалба била могућа, како из свих оних разлога који су и иначе (пре последњих промена), били основ за жалбу у трећем степену, тако и *увек* када је другостепени суд након два укидања првостепене пресуде, *сам својом пресудом одлучио о предмету кривичној пошту*.<sup>4</sup>

Одређени утицај је ЗКП из 2006. године остварио и на Нацрт ЗКП из 2010. године, на пример попут увођења термина „доказне радње“, односно „посебне доказне радње“, као и у односу на садржај неких од тих радњи, у односу на мере за обезбеђење присуства окривљеног, у погледу неких елемената споразума о признању кривице итд. Али, генерално гледано разлика између ова два текста је веома велика, а нарочито у концептуалном смислу, у погледу којих Нацрт ЗКП-а из 2010. године садржи две капиталне аномалије, које жестоко контаминирају и потпуно упропашћују целокупан законски текст, а то су: 1) девалвација начела истине и 2) потпуно адверзијална конструкција главног претреса уз минимизирање улоге кривичног суда.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Жалба против пресуде другостепеног суда је новелама из 2009. године и драстичним, те суштински углавном неоправданим редуковањем жалбених разлога, практично „осакаћена“, а исто решење садржи и Нацрт ЗКП-а из 2010. године.

<sup>5</sup> Више о томе: М. Шкулић, Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку, *Правни животи*, број 9, Том I, Београд, 2010, стр. 587–611.

## 2. Девалвација начела истине у Нацрту нової Законика о кривичном поступку Србије

Истина је у Нацрту новог Законика о кривичном поступку Србије имплицитно означена као својеврсни непотребни луксуз у кривичном поступку, јер се не само утврђивање истине, већ ни тежња ка њој од стране службених актера кривичне процедуре уопште не означава као циљ кривичног поступка.

Нацртом новог Законика о кривичном поступку промовисана је доказна пасивност суда. Доказе би изводиле странке, а улога суда би се svela на контролу исправности доказног поступка. Странке су формално равноправне. Дакле, на супрот јавном тужиоцу, који може рачунати на комплетну логистичку подршку државног апарата чији је део, биће окривљени коме може помагати бранилац. Наравно, ако окривљени има финансијска средства да плати његове услуге, или уколико се ради о случајевима обавезне стручне одбране, када окривљеном који нема браниоца, њега поставља суд. Обавезна одбрана је прописана само за тежа кривична дела, тако да већина окривљених може, али не мора имати браниоца. Међутим, богате окривљене, на пример, попут оних који се терете да су „нарко-босови“, браниће „адвокатске звезде“. Они ће моћи да имају правне тимове, те ангажују приватне детективе за прикупљање доказа.

Какве су шансе окривљеног који нема браниоца да буде успешан у доказном „двобоју“ са јавним тужиоцем? И када Бразил игра против Конга, оба фудбалска тима чине по 11 играча. Да ли то значи да су им једнаке шансе за победу? Па у Србији је свега 6,5% становништва факултетски образовано. Када знамо да је код нас већ деценијама криминална политика „рибарска мрежа којом се хватају мале рибе, а која пропушта велике рибе“, зна се и какав је образовни ниво просечног окривљеног. Како ствари стоје, ипак ће ако, не дај Боже, овај Нацрт постане позитивно кривично процесно право, неке странке бити мало равноправније од других.

Типичан адверзијални кривични поступак какав постоји у САД, подразумева пороту која одлучује ко је победник доказног двобоја.<sup>6</sup> Тек када

<sup>6</sup> Кривични поступак је у САД устројен као једна врста „доказног страначког двобоја“. Тужилац и окривљени се сопственим аргументима „туку“ пред поротом састављеном од обичних грађана, која цени ко је био убедљивији. Сам судија је релативно пасиван. Тек ако порота одлучи да је окривљени крив, судија ступа на сцену изрицањем одговарајуће казне. Ако порота одлучи да нема кривице, посао судије је завршен. Ово је и правним лацима познато из белетристике и филмова. Оно што многи не знају јесте да је овакво „школско“ суђење у САД *de facto* прави *изузетак*. Одвија се у мање од 10% свих случајева. Скоро 90% случајева се окончава на темељу признања окривљеног, када изостаје

порота састављена од обичних грађана, оптуженог огласи кривим, судија га кажњава. Ако га порота ослободи, посао судије је завршен. Али оптужени у том поступку увек има право да му, ако сам нема средства, држава о свом трошку обезбеди браниоца. То у Србији није случај. С друге стране, ни у САД није спорно да квалитет одбране, коју реализују браниоци постављени по службеној дужности, често није на високом нивоу. Обрнуто, веома богати окривљени „купују“ врхунске адвокатске услуге. Сетимо се случаја О`Џеј Симпсона, који је скоро „крвавих“ руку оптужен за убиство супруге и њеног љубавника,<sup>7</sup> али је вештим адвокатским маневрисањем избегао осуду, да би недавно објавио књигу под насловом *Шта ако сам убио*, којом фактички признаје кривицу. Поред тога, поротно суђење у САД је прави изузетак, јер се више од 90% случајева сумарно решава признањем кривице, које је у највећем броју случајева „погођено“ између тужиоца и одбране.<sup>8</sup>

У континенталној Европи, суд је по правилу, суверени „господар“ доказног поступка. То је најтипичније у Немачкој и у другим државама чији су нам правни системи традиционално служили као узор. Адверзијални кривични поступци сада постоје и у неким континенталним европским државама, као на пример, у Републици Српској и уопште у нама суседној БиХ. Такав систем постоји и у Италији, али тамо окривљени увек мора имати адвоката. Претварање судија у „стручни жири“ који ће „бодовати“ успешност у доказивању тужиоца и одбране суштински предста-

---

поротно суђење, а суд само изриче казну, узимајући признање као озбиљну олакшавајућу околност и руководећи се споразумом тужиоца и окривљеног, али без формалне обавезе да изрекне казну коју су странке предложиле. Када би било нешто више суђења пред поротом, правосудни систем САД би свакако доживео колапс.

<sup>7</sup> Z. Erzincliglu, *Forensic – the Crime Scene Investigations*, “Barnes&Nobles”, New York, 2004, стр. 19.

<sup>8</sup> Онда када се амерички тужилац споразумева са окривљеним, често је врло битна „ставка“ спремност окривљеног да се појави као сведок против других „озбиљнијих“ играча. Кад је пре неколико година једна делегација из Србије била у посети ФБИ-ају у Сан Франциску обавештена је да је велики проблем у том граду албанска мафија, за коју је речено да је врло тврд орах јер се ради о новој веома затвореној групацији, у коју је скоро немогуће продreti. Потом је амерички детектив утешно објаснио да се то увек дешава када се појаве нови имигранти, те да временом делује *melting pot*, неко од дошљака постане полицајац и створи се прилика да ФБИ добије инсајдера у криминалној организацији. Писац овог текста се нашалио и рекао да је то можда и прилика да криминалци стекну инсајдера у полицији. Амерички детектив је одговорио да је то свакако могуће, али не и сувише вероватно, јер се већина полицајаца као куге плаши такве сарадње са криминалцима, знајући да ће криминалац ако „падне“, имати приликом преговора са тужиоцем податак о корумпираном полицајцу као јаку карту у рукаву. Спасевајући своју кожу, он би врло радо сведочио против таквог полицајца.

вља потенцијално веома незгодан експеримент. Можда се неке судије томе радују, резонујући по систему „муко моја пређи на другога“. Они сада себе виде као „неутралне посматраче“ страначке „утакмице. Али суђење није утакмица, или бар то не би требало да буде. Судије не треба да буду ни гледаоци, нити навијачи. Пасивизација суда може бити и веома скупо решење. Ако би суд био тако драстично растерећен, јер се и истрага поверава јавном тужиоцу, онда се може појавити проблем вишка судија, а мањка јавних тужилаца и све то непосредно након спроведеног општег избора, тј. реизбора.

Истина, сходно Нацрту новог Законика о кривичном поступку Србије, више није циљ будућег кривичног поступка, већ би у том поступку, као и у свакој класичној грађанској парници, „побеђивала“ странка која је успешнија у доказном „дуелу“. Истина ни иначе није некаква „света крива“ у савременом кривичном поступку. Њој се у типичном европском кривичном поступку тежи, али не по сваку цену. Онда када се истина не може утврдити, доноси се одлука у корист окривљеног. Сада се истини неће чак ни тежити. Суд ће једноставно „вагати“ да ли су вероватнији наводи оптужбе или аргументи одбране, а да ли је права истина на једној или другој страни; „па ко ће га знати“. Свевишњи можда...

### *3. Основи ујоредној кривичној процесној йрава и нека комйарайшвна решења у односу на кривичну исйрају*

Питање истраге се, с правом или не, наметнуло као централно питање реформе нашег кривичног поступка и оно се углавном своди на дилему судска или тужилачка истрага, односно „судска истрага против тужилачке истраге“. Нови Законик о кривичном поступку из 2006. године, којим је битно промењен карактер истраге као фазе кривичног поступка, примењивао се само делимично (нека правила о заштити сведока, о одлагању и прекиду главног претреса, те паузи током главног претреса), тако да до његове целовите примене, па ни у погледу истраге у њему концептираној, никада није дошло, што је већ објашњено у претходном тексту.

Нацрт ЗКП из 2010. године уводи јавно-тужилачку истрагу, али то чини на један веома чудан начин, уз увођење неких елемената тзв. страначке истраге, што не само да је суштински нелогично и неправично, већ је у садашњем облику изразито неефикасно, што ће се подробније објаснити у даљим излагањима.

Чини се да су творци Нацрта ЗКП-а из 2010. били суочени са проблемом који су сами себи непотребно створили, а који се своди на неразумне-

вање да, с једне стране, питање типа истраге уопште није повезано са проблематиком организовања главног претреса, тако да кривични поступак који се одликује тужилачком истрагом уопште не мора да има адверзијалну конструкцију главног претреса,<sup>9</sup> док, с друге стране, када је главни претрес организован адверзијално, то не подразумева да елементи адверзијаторности морају постојати и у истрази, а нарочито не на начин на који су они садржани у овом Нацрту.

У два велика позитивноправна кривичнопроцесна система спадају: 1) континентално-европски кривичнопроцесни систем и 2) англосаксонски или адверзијални кривичнопроцесни систем.

Понекад се упрошћено, а што је посебно карактеристично за ауторе из англосаксонских правних подручја, континентално-европски систем означава као инквизиторски, а англосаксонски као акузаторски. Али, такво термилошко одређење у основи није коректно јер, иако континентално-европски систем садржи одређене инквизиторске елементе, он у ствари представља један мешовити систем, као што ни бројни англосаксонски системи више нису чисто акузаторског типа. Већина држава континенталне Европе има мешовите кривичне поступке, са изузетком Италије која је, након последње реформе свог кривичног процесног законодавства, кривични поступак уредила претежно на адверзијалним основама. Обрнуто, већина држава које припадају тзв. енглеском говорном подручју, где су најкарактеристичнији Велика Британија, односно пре свега Енглеска и Велс, као и САД, имају типичне адверзијалне кривичне поступке.<sup>10</sup>

За континентално-европске кривичне поступке је карактеристично да у истрази постоје јаки инквизиторски елементи, али уз доследно поштовање права на одбрану и у тој фази кривичног поступка. У овом типу поступка су основне кривичнопроцесне функције строго одвојене, али јавни (државни) тужилац ипак није права, односно типична странка, јер је он, као државни орган, дужан да осим страначких интереса утеме-

<sup>9</sup> Обрнуто, у најтипичнијим адверзијалним кривичнопроцесним системима, истрага је *полицијска*, а већина радњи које се у њој предузму нема никакав посебан доказни значај, већ су истоветне радњама које се код нас сматрају оперативним активностима полиције у преткривичном поступку. Изузетак је саслушање осумњиченог, када његова изјава, ако је узетак под строгим законским условима, има доказни значај, а такође то важи и за претресање када се оно врши по наредби суда, односно под одређеним условима и без наредбе, што је све веома слично ономе што је у садашњем кривичном поступку Србије карактеристично не за истрагу, већ за преткривични поступак.

<sup>10</sup> Више о томе: Милан Шкулић, *Кривично процесно право – ошшти гео*, Правни факултет и „Службени гласник“, Београд, 2009., стр. 8–9.



љених на функцији оптужбе, штити и опште интересе, а пре свега интерес који произлази из начела истине, па сходно томе, на пример, он мора осим доказа који терете окривљеног, прикупљати и доказе у прилог његовој одбрани, односно мора их имати у виду. Поред тога, сам суд је доказно изузетно активан, он по правилу сам изводи све доказе током суђења, уз давање мање или веће доказне улоге и самим странкама, а није ограничен доказним предлозима странака, већ има право и дужност сопствене доказне иницијативе. Наш кривични поступак, слично као и кривични поступци Немачке и Француске, али и низа других европских држава, припада овом типу поступка.

За англосаксонске, односно адверзијалне (страначке) типове поступка је карактеристично да је суд у доказном смислу веома пасиван, тако да је извођење доказа у основи препуштено странкама, док се суд претежно фокусира на процену која је странка у “доказном двобоју” пред њим била успешнија. Суђење почиње презентирањем доказа оптужбе, на које одбрана у одређеним процесним формама одговара, односно има прилику да даје одговор, да би се потом изводили докази одбране, уз могућност да на њих одговара тужилац, док суд има веома ограничене могућности током извођења доказа. Саслушање током суђења је страначког карактера, тако да одређеног сведока прво саслушава странка која га је позвала (examination-in-chief), а затим противстранка (cross-examination – унакрсно саслушање), а потом долази до поновног саслушања сведока од странке која га је позвала (re-examination) У суштини су типични адверзијални кривични поступци веома слични парничном поступку, односно грађанском поступку уопште.

Савремено кривичнопроцесно право се иначе, карактерише и све изразитијом конвергенцијом елемената из два велика светска кривичнопроцесна система, што је последица како општих глобалистичких тенденција, тако и свести о потреби уграђивања у поједине правне системе оних елемената који су потенцијално ефикасни и корисни, независно од тога да ли потичу из једног или другог великог кривичнопроцесног система. Тако на пример, данас многи континентално-европски кривични поступци садрже и неке елементе адверзијалних поступака, за шта је свакако најтипичнији институт окончања поступка на темељу споразума тужиоца и окривљеног о признању кривице (*plea bargaining*, односно *deal*), што је довело и до тврдњи неких аутора о постојању својеврсне заразе овим кривичнопроцесним институтом у европским земљама (*plea bargaining infection*). Обрнуто и многи адверзијални кривични поступци прихватају нека решења из континентално-европских процедура, а посебно у вези са давањем већих овлашћења јавном (државном) тужиоцу. Оваква конвергенција,

иако свакако оправдана, ипак има своје границе, које се у битној мери морају заснивати и на присутној *правној традицији* одређене државе. Није једноставно, а по правилу није ни оправдано, да се једном правном систему, који већ устаљено припада одређеном великом типу кривичног поступка, вештачки калеме доминирајући елементи из другог таквог типа, јер то може довести до огромних практичних проблема, пре свега, до несналажења субјеката поступка у новом кривичнопроцесном амбијенту, што онда, по логици ствари, доводи до неефикасног или неправичног, односно и неефикасног и неправичног кривичног поступка.

Код нас се понекад, *сасвим иоштрешно закључује* да је једно од битних обележја англосаксонских кривичних поступака тужилачки карактер истраге, јер се (државно)тужилачка истрага потпуно погрешно поистовећује са несудском истрагом.

Истрага је у већини англосаксонских поступака, поверена полицији. Наиме, у адверзијалним системима истрага није судског карактера али она, по правилу, није ни у надлежности државног тужиоца, већ њу води полицији и сасвим је неформална, осим што, изузетно, неке радње (на пример, саслушање осумњиченог од стране полиције, посебне доказне радње), имају и одређену форму. Целовитим кривичним поступком се у САД практично сматра једино суђење, било да се ради о поротном суђењу које је у пракси сада већ веома ретко, било да је у питању само поступак сведен на изрицање казне, када постоји признање окривљеног, до кога може доћи како на основу споразума, односно „нагодбе“ са државним тужиоцем, тако и без споразума. Све радње које претходе кривичном суђењу се не сматрају саставним делом кривичног поступка, иако је велики број тих радњи законски регулисан или у односу на њих постоје прецедентне одлуке суда, а ту је од највећег значаја регулатива која се односи на: хапшење, багателна кривична дела, случај када жртва не жели кривични прогон, учешће и саме жртве у извршењу кривичног дела, појављивање пред судом, учешће велике пороте у прелиминарном саслушању итд.<sup>11</sup>

Криминалистичка истрага је у већини држава англосаксонског правног система *неформалној карактера* и углавном се своди на прикупљање материјалних доказа, првенствено на месту догађаја, што врши полиција, односно форензички стручњаци.<sup>12</sup> Државни тужилац нема скоро никакву улогу у таквој полицијској истрази, а једино у неким ситуацијама може да даје одређене савете полицији. Такође, државни тужилац може

<sup>11</sup> G. Clack (Edt.), *Outline of the U.S. Legal System, Bureau of International Information Programs*, Washington, 2004, стр. 96–99, стр. 96–99.

<sup>12</sup> J. Bennet (Edt.), *Crime Investigation*, Parragon, London, 2007, стр. 9.

одлучити да се примене одређене специјалне истражне технике, а у неким ситуацијама је за то потребна одлука судије. У ствари, у САД, а посебно у Канади, се сматра да ако би државни тужилац узео било какво активно учешће у истрази, то би га дезавуисало када је у питању његова улога у евентуално касније покренутом кривичном поступку пред судом, тј. онда када државни тужилац има својство странке и активно изводи доказе пред судом, односно поротом. Улога суда пре самог суђења је такође минимална, осим што једино суд може издати налог за претрес, а када се ради о одлучивању у вези јемства, тада је истрага практично, по правилу, већ завршена или је већ увелико прикупљен расположиви доказни материјал.

Поред овога, заговорници претходно објашњеног погрешног става да је државно-тужилачка истрага обележје адверзијалних кривичнопроцесних система, превиђају да и многи европски кривични поступци, односно кривичнопроцесни извори права, с једне стране, регулишу истрагу која није судског карактера, док с друге стране, уопште немају адверзијалну конструкцију кривичног поступка,<sup>13</sup> већ је организација главног претреса у принципу слична оној коју установљава наш позитивни ЗКП. То значи да у тим кривичним поступцима, иако је истрага поверена државном тужиоцу, главну улогу у самом суђењу до којег долази након што је истрага завршена, има суд, који се при том, у вођењу кривичног поступка традиционално руководи начелом истине, као основним циљем кривичне процедуре, који је нужно повезан са потребом правичног решавања кривичног предмета поводом којег се води кривичних поступак. Типичан је пример Немачка.<sup>14</sup>

Истражни поступак у Немачкој треба да омогући одлучивање државног тужиоца о томе да ли ће подићи оптужницу, а његова је сврха да се избегне вођење главног претреса онда када се ради о недовољно утемељеној сумњи.<sup>15</sup> У поступку истраге „господари“ државни тужилац, а

---

<sup>13</sup> То значи да у тим кривичним поступцима (као на пример, у Немачкој), извођење доказа није страначка, или није само страначка активност.

<sup>14</sup> Код нас се током неких јавних расправа о новом Законику о кривичном поступку, чак понекад потпуно погрешно износило да је истрага у Немачкој била до релативно скоријег датума (друга половина 20. века) судска (водио је наводно истражни судија), а да је потом постала државно-тужилачка, те се чак на неким скуповима наводило да у Немачкој постоје истраживања која доводе у питање ефикасност државно-тужилачке истраге у односу на судску. Такве констатације *никако не могу бити тачне*, јер у Немачкој истрагу води државни тужилац од последњих деценија 19. века.

<sup>15</sup> С. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, „Verlag С. Н. Beck“, München, 1998, стр. 305–306.

полиција има „право првог захвата“, али и поред тога, државни тужилац остаје „господар поступка“.<sup>16</sup>

Судија за истрагу у Немачкој има у истрази следеће надлежности:<sup>17</sup> 1) одлучује о притвору и неким посебним истражним мерама, као што је, на пример, ангажовање прикривеног иследника итд.; 2) државни тужилац може ангажовати судију за истрагу када он то сматра потребним, при чему је независност судије овде ограничена, тако да он једино може проверити да ли је државни тужилац овлашћен да га ангажује, али не и да ли је то сврсисходно, што значи да је у таквом случају (хитне судске радње),<sup>18</sup> судија за истрагу везан сопственом компетенцијом државног тужиоца;<sup>19</sup> 3) надлежност судије за истрагу се завршава са подизањем оптужнице, када о кривичној ствари одлучује стварно надлежни суд.<sup>20</sup>

Када је реч о тзв. радњама првог захвата у немачком кривичном поступку, односно у истрази, према одредбама § 161a StPO, полиција не само да може предузети такве радње, већ је дужна да увек када постоји одређена већ „почетна сумња“ да је учињено кривично дело, самостално,

<sup>16</sup> K.Volk, Grundkurs StPO, 4. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2005, стр. 33.

<sup>17</sup> Израз „судија за истрагу“ је превод немачке речи „Ermittlungsrichter“, док би термин „Untersuchungsrichter“, могао да се преведе као „истражни судија“, јер тај судија заиста нешто истражује, тј. води истрагу. Међутим, у чисто језичком смислу (а пре свега са становишта нашег језика), потпуно је свеједно да ли се каже „судија за истрагу“ или „истражни судија“, што је уосталом, уз разлоге поштовања наше кривичнопроцесне традиције и био основни разлог да се у ЗКП-у из 2006. године користи израз „истражни судија“, иако истрага по том Законику спада у надлежност јавног тужиоца.

<sup>18</sup> Цитирани аутор (K. Volk), наводи следећи пример: „Државни тужилац захтева да судија саслуша одређеног сведока, а судија не може то одбити са образложењем да је за такво саслушање и сам судија надлежан (§ 161a StPO). Често је сврсисходно имати у рукама на главном претресу записник о саслушању сведока које је обавио судија, јер је теже да се у складу са § 251 став 1 читају записници састављени од „других“ државних органа, што значи и од стране самог државног тужиоца.“

<sup>19</sup> Овде треба подсетити да се понекад у критикама Законика о кривичном поступку из 2006. године, истицало да концепција истраге која је у њему заступљена није довољно „тужилачка“, не само зато што се његовим одредбама омогућавало подношење жалбе против решења о спровођењу истраге које је донео јавни тужилац, а о којој би решавао истражни судија, већ и стога што је било омогућено да и истражни судија на захтев јавног тужиоца, врши одређене доказне радње у истрази коју води јавни тужилац. Међутим, према одредбама ЗКП-а из 2006. године, истражни судија није био дужан да априорно поступи по захтеву јавног тужиоца, већ је имао могућност да изрази своје неслагање, што би онда довело до одлучивања ванрасправног већа. С друге стране, никоме у Немачкој не пада на памет да истрагу која се води у тој држави означава као мешовиту, само зато што судија за истрагу не може да одбије захтев државног тужиоца у погледу саслушања одређених сведока, већ је дужан да поступи по њему.

<sup>20</sup> K. Volk, op. cit., стр. 33.

дакле без захтева државног тужиоца истражи ствари и предузме све одговарајуће мере које су потребне да се кривично дело разјасни.<sup>21</sup> Ово овлашћење и дужност криминалистичке полиције се у немачкој теорији доводи у везу са начелом легалитета, сходно коме сви државни органи, као полицијски службеници, нису само помоћни службеници државног тужилаштва, па тако криминалистичка полиција има задатак да самостално и на своју иницијативу предузима мере у односу на кривично гоњење.<sup>22</sup> Дакле, истрага у Немачкој је поверена државном тужиоцу, а главни претрес није адверзијалног карактера, већ он у великој мери личи на главни претрес какав у Србији постоји већ деценијама и како је он устројен и према позитивном Законику о кривичном поступку Србије. Слично је и у Аустрији у складу са новим Законом о кривичном поступку ове државе. Из свега изложеног јасно произлази да нема никаквих објективних разлога да се концепција истраге, априорно доводи у везу са нормативном организацијом главног претреса, тако да поверавање истраге државном тужиоцу, ни у ком случају не подразумева да се тада главни претрес мора конструисати на адверзијалним основама.

#### 4. Концепцијска истрага у Нацрџу Законака о кривичном поступку из 2010.

Ако „тврдокорним европским континенталцима“, или свима коју макар мало верују у устаљену правну традицију континенталне Европе, без обзира што није спорно да треба прихватати и одређене прикладне моделе који потичу из англосаксонског права (попут одређене варијанте споразума о признању кривице, неких елемената организације главног претреса итд.), могућа будућа адверзијална конструкција главног претреса делује не само прилично непривлачно и веома егзотично или помало „екстравагантантно“, онда степен „егзотике“ или, можда боље речено, својеврсне *бизарности*, достиже свој врхунац са пласираном идејом о могућој будућој „паралелној“ истрази. Шта би ту и чему било и могло бити паралелно?

Истрази коју би водио јавни тужилац би била паралелна истрага окривљеног, односно његовог браниоца. Понекад се наводи да тзв. паралелна истрага постоји у САД и у другим државама англосаксонског правног подручја, али то једноставно *није тачно*. Тамо конкретно уопште и нема било какве званичне истраге, већ истрагу у облику онога што је код

<sup>21</sup> G. Pfeiffer (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, „Verlag C. H. Beck“, München, 2003, стр. 998.

<sup>22</sup> *Ibidem*.

нас преткривични поступак сасвим неформално води полиција, а окривљеном, ако уопште и сазна да је под истрагом (јер истрага тамо није јавна) и када сазна (а то ће, по правилу, бити случај тек када га саслушају као осумњиченог), нико не брани да ако то може и уме, или има финансијских средстава за ангажовање приватног детектива, сам води неку сопствену „истрагу“. Међутим, ништа из те „истраге“ не може да се користи као доказ на суђењу, исто као што уосталом ни било шта друго из полицијске истраге, осим материјалних доказа, као и исказа осумњиченог, може да се користи на поротном суђењу. И сад код нас нема никаквих законских препрека да се ангажује приватни детектив, али све што он учини нема никакву формалну вредност.

У нашим би условима оваква концепција истраге, односно формализовање тзв. паралелне истраге, захтевало врло компликовану процесну регулативу. На пример, било би веома тешко решити питање јавности у истрази, а како лица у функцији одбране могу водити своју („паралелну“) истрагу, када не знају да се истрага уопште и води од стране јавног тужиоца или ако то већ знају, не знају које радње врши јавни тужилац. Каквим би се механизмима могло обезбедити да окривљени може саслушавати сведоке и каквим би их мерама он могао „принудити“ да испуне своје процесне дужности. Теоријски би се могао конструисати механизам посредне судске принуде, где би се окривљени обраћао суду, који би сведоку упућивао позив и евентуално предузимао потребне мере процесне принуде, али уопште није тешко замислити, колико би то било неефикасно, а често би такав начин предузимања радњи, тј. прикупљања „доказа“ у „истрази“ био сасвим апсурдан. Такав тип „истраге“ би, поред тога, тешко могао да буде допринос ефикаснијем кривичном поступку, већ би он, вероватно, веома брзо довео до потпуног колапса наше кривичне процедуре а то, ваљда, никоме није циљ. Таква би истрага била у пракси и *изразито нејравична*, јер би само једна изразита мањина веома богатих окривљених, била у стању да води „истрагу“ ангажовањем приватних истражитеља, а остали би имали само „голо право“, што би представљало врхунски цинизам.

Иако, као што смо претходно објаснили, не може бити говора о било каквој званичној паралелној истрази у САД и у другим државама англосаксонског правног система, одређени елементи такве истраге постоје у Италији, али то не би требало да буде узор нашем предлагачу и законодавцу, јер је систем у тој земљи изразито неефикасан, препун озбиљних контрадикција,<sup>23</sup> а не треба ни заборавити (што је код нас већ на први по-

<sup>23</sup> Просечан кривични поступак у Италији спада међу најдуже кривичне поступке у свету.

глед немогуће), да у Италији окривљени у сваком случају мора имати браниоца, тј. увек и без обзира на запрећену казну за кривично дело које је предмет поступка (дакле, чак и за најлакша кривична дела).

Јавни тужилац је странка у кривичном поступку и уколико се он сходно Нацрту ЗКП-а, као државни орган више не усмерава на официјелно утврђивање истине (садашњи члан 17 ЗКП),<sup>24</sup> нема никаквих гаранција да ће истрага коју он води, бити ни иоле непристрасна, јер зашто би јавни тужилац обраћао било какву пажњу на доказе који иду у прилог одбрани. У Нацрту Законика о кривичном поступку прописано је да осумњичени и његов бранилац (ако га има), могу током истраге коју води јавни тужилац самостално прикупљати доказе. Реално је да ово „могу“, у пракси буде схваћено као „требају“ или чак „морају“, а то ће свакако, довести до огромних проблема и изразитих неправичности.

Осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе у корист одбране (члан 307. Нацрта). Какве су шансе осумњиченог без браниоца, па и онда када има браниоца да самостално обезбеђује доказе? Како би, на пример, осумњичени саслушавао сведоке? Ради се о потпуно нереалној и поприлично бесмисленој норми. Даље се ово разрађује у Нацрту тако што је прописано да ако осумњичени, или његов бранилац, сматра да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме.

Дакле, странка се обраћа противној странци која би требало да у њену корист предузме одређене доказне радње. Не звучи баш реално и остварљиво, а да не говоримо о правичности.

Ако јавни тужилац одбије предлог осумњиченог, односно његовог браниоца или о предлогу не одлучи у року од тридесет дана од дана подношења предлога, осумњичени, или његов бранилац, може поднети предлог судији за претходни поступак који одлуку о томе доноси у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак усвоји такав предлог наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредити му за то рок, а ако јавни тужилац и поред тога не предузме доказну радњу у остављеном року, ту радњу ће, на предлог осумњиченог или његовог браниоца,

---

<sup>24</sup> Различно је у другим европским континенталним кривичним поступцима, где је истрага такође сврстана у надлежност државног тужиоца, али је државни тужилац (дакле, не ни само суд), дужан да утврђује истину и да с једнаком пажњом прикупља како доказе који иду у прилог оптужби, тако и оне који користе одбрани. То је и разлог (што је објашњено у претходном тексту, када је цитиран и угледни немачки аутор prof. Dr. Claus Roxin), да се државни тужилац у немачком кривичном поступку (слично као и у другим типичним европско-континенталним кривичним процедурама), уопште и не сматра класичном процесном странком.

предузети судија за претходни поступак или ће наложити органу полиције да то уради. О непоступању јавног тужиоца по налогу за предузимање доказне радње судија за претходни поступак ће обавестити непосредно вишег јавног тужиоца. Овакав механизам је *веома неефикасан* (јер зашто би, на пример, јавни тужилац поступио по налогу судије за претходни поступак, када судија и иначе мора предузети предложену радњу, ако то одбије јавни тужилац) и он ће сасвим очигледно довести до одуговлачења у извођењу доказа који иду у прилог одбрани током истраге.

Конечно, уколико јавни тужилац и поступи по захтеву судије за претходни поступак, колико је реално очекивати да ће он захтевану радњу у прилог одбране, обавити објективно на коректан начин? Наиме, не заборавамо, ради се о радњи на чије је вршење јавни тужилац „приморан“, у питању је радња коју он не врши вољно и у погледу које је првобитно изразио неслагање, а у људској је природи да се у таквим ситуацијама, по правилу, не поступа баш на квалитетан начин. Није ни најмање логично и реално да странка у кривичном поступку (која сада ни формално нема дужност да као објективни државни орган с једнаком пажњом утврђује како чињенице које терете окривљеног, тако и оне које му иду у прилог), са ентузијазмом врши радње у корист противне странке.

Онда када се јавни тужилац оглуши о захтев судије за претходни поступак, тј. када у року, који му је судија одредио за предузимање доказне радње у корист одбране,<sup>25</sup> такву радњу не предузме, судија за претходни поступак може алтернативно, такву радњу: 1) сам предузети, или 2) издати налог полицији да она такву радњу предузме у корист одбране. Ово је заиста *невероватно решење*, јер то значи да ће *полиција која је поднела кривичну пријаву, вршићи радње у корист одбране у истрази* чије је вођење она сама иницирала својом кривичном пријавом!!!

Осумњичени који је саслушан и његов бранилац су дужни да одмах по свом самосталном прибављању доказа обавесте јавног тужиоца о томе, те да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ (члан 308. став 3. Нацрта). Ово значи да осумњичени (који може бити и неписмен), односно његов бранилац (који уопште не мора бити адвокат-кривичар), морају, односно могу во-

---

<sup>25</sup> Овде постоји **неколико рокова** који се односе на такву радњу, а њиховим сабирањем се може добити и прилично дугачак временски период, а *истрага је наводно хитна*, исто као што се нови ЗКП, начелно доноси да бисмо, коначно, добили бржи и ефикаснији кривични поступак. Лепо је чувени криминалиста Локар рекао да је „време које пролази, истина која нам измиче“, а како сада (према Нацрту ЗКП-а), истина више ни формално није циљ кривичног поступка, спорост у прикупљању доказа у прилог одбране у истрази очигледно не представља неки посебан проблем.



дители неку врсту своје „истраге“, у виду прикупљања доказа у прилог одбране, те о њеним резултатима обавестити противну странку, тј. јавног тужиоца. Овим се у форми наводне потпуне страначке равноправности, те уз покушај да се и сама истрага, противно њеној процесној логици, адверзијално тј. страначки устроји, практично уводи категорија одговарајуће „кооперативности“ одбране, у односу на јавног тужиоца током истраге коју он формално води. Ипак је у питању празна норма, јер какве би консеквенце сносила одбрана, ако не би у истрази на овакав начин сарађивала са јавним тужиоцем.

Како ли ће осумњичени, на пример, саслушавати сведоке, да ли ће они полагати заклетву и сл., све су то питања која овде остају без одговора, али се при том, без већих дилема може констатовати да су у питању екстремно лоша нормативна решења садржана у Нацрту Законика о кривичном поступку.

##### *5. Пошћуно адверзијална орґанизација главној йрећреса уз йромовисање изразиће доказне йасивности суда у Нацрту новој Законика о кривичном йостујку Србије*

Према члану 15. Нацрта Законика о кривичном поступку, терет доказивања оптужбе је на тужиоцу,<sup>26</sup> а суд изводи доказе на предлог странака. Суд може дати налог странци да предложи допунске доказе, или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, уколико оцени да је то неопходно да би се о важним чињеницама отклониле противречности или нејасноће у доказима који су изведени. Суд може изводити доказе и онда када њих нису предложиле странке, али зашто би суд то чинио, када нема дужност утврђивања истине?

У члану 15. став 3, се чак ни не одређује да ће суд, онда када се ради о битном допунском доказу, у погледу којег је он странци дао налог да га

<sup>26</sup> У досадашњој јавној расправи о Нацрту ЗКП-а, неки чланови радне групе која је учествовала у писању тог текста су у више наврата истицали да се решењима из Нацрта превазилази некакав садашњи „проблем“, који се своди на дужност суда да „подржава“ или „подупире“, оптужницу, јер се сада то коначно, „пребацује“ на тужиоца. Заиста, *неверовајна конституација*. Ван памети је да било који судија у кривичном поступку „подржава“ или „подупире“ оптужницу, јер би се таквим поступањем судија грубо оглушио о своју дужност непристрасног поступања. Тиме што судија према садашњем Законику о кривичном поступку има дужност утврђивања истине, он не само да нема дужност било каквог „стајања на страну тужиоца“, већ судија то никако не би ни смео чинити, а онај судија који у јавној расправи признаје да је до сада „подржавао“ оптужницу у кривичном поступку, тиме практично, сам себе оптужује за озбиљно кршење закона, односно то чак признаје.

предложи, а странка то није учинила, сам суд тада извести такав доказ, већ се наводи да суд тада „изузетно“ може одредити да се такви докази изведу, што значи да би и тада те доказе у ствари, по правилу, изводиле саме странке, што је поприлично бесмислено, јер зашто би странка извела доказ који уопште није намеравала да предложи, те се чак и оглушила о „налог“ суда да предложи његово извођење?!

Чудно је да суд примарно може дати налог странци да предложи допунске доказе, уместо да увек када сматра да су такви докази потребни, такве доказе сам суд изведе, што би било брже, једноставније и процесно знатно логичније, али би истовремено такво логично и разумно решење било дубоко противно извитопереној концепцији по којој суд мора бити максимално доказно пасивизиран. Ради се о бесмисленом решењу, јер се у истом том Нацрту у којем се форсира слобода странака у доказивању и главни претрес конструише адверзијално, сада суду даје улога неке врсте „саветника“ странке, јер он странци „налаже“ да она изведе допунске доказе иако се та странка „тврдоглаво“ оглуши о *налог* суда,<sup>27</sup> онда суд *може, али не мора* такве доказе сам извести. Ради се о бесмисленом нормативном решењу.

Сам законодавац не само да као правило уводи страначко извођење доказа, већ суд начелно битно ограничава и онда када он сам изводи одређене доказе које странке нису предложиле, да то чини само када је потребно отклонити противречности или нејасноће у доказима који су изведени, а не и ради утврђивања других чињеница, односно покушаја бољег разјашњења предмета кривичног поступка или, у крајњој линији, у циљу трагања за истином. Ово је кључна одредба Нацрта Законика о кривичном поступку,<sup>28</sup> којом се, практично, крајње лимитира активна улога суда на главном претресу. Ова одредба на један малиган начин тешко „инфицира“ цео текст Нацрта, а нарочито доказни поступак на главном претресу. Тиме се такође потпуно *девалвира формално постојећа моћ*

<sup>27</sup> Какав је то налог који није обавезујући. Ради се у ствари, о *иредлоу суда*, јер странка такав судски „налог“ може али не мора услишити, па је стога то што је формално означено као „налог“, односно „налагање“, у ствари само *иредлоу*, тј. *иредлајање*, што је потпуно бесмислено, јер тако суд странци само предлаже да она предложи допунске доказе, а ако странка то одбије, суд може изузетно сам одредити да се такви докази изведу.

<sup>28</sup> Из овога се и види суштински проблем садржан у Нацрту ЗКП-а, а то је његово утемељење на погрешној концепцији, која не само да је потпуно страна нашој кривично-процесној традицији и схватањима овог питања у класичној континенталној Европи, већ је суштински изразито нехумана и дубоко неправична. Када је сама концепција Законика суштински погрешна, онда таква *дубинска грешка* подмукло квари и остало „ткиво“ законског текста, које и када само по себи није лоше, или је чак сасвим адекватно, објективно не може остварити позитиван ефекат.

ности побијања пресуде жалбом због погрешно или неопштно утврђеног чињеничног стања, јер како странка може нападати чињенично стање, када је, с једне стране, у првој линији баш она одговорна за његово утврђивање, пошто је доказивање примарно у рукама самих странака, док, с друге стране, суд уопште и нема дужност, не само утврђивања истине, већ чак ни тежњу да се истини макар приближи. Зар се странка може жалити због сопствене доказне неактивности?

Према члану 399. став 2. Нацрта ЗКП-а, у доказном поступку се изводе докази о чињеницама, које су важне за правилно и законито пресуђење. Ради се о *невероватно празној и толој фрази*. Како суд уопште нема дужност утврђивања истинитог и потпуног чињеничног стања, он не располаже ни било каквим реалним параметром у односу на чињенице које се утврђују доказима, па тако, суд нема ни на основу чега да одређене чињенице сматра важним за „правилно и законито пресуђење“.

Иако суд може изводити одређене доказе и без предлога странака, он нема никакав посебан мотив да то чини, јер уопште нема дужност утврђивања истине у кривичном поступку и тиме је фактички цео доказни поступак на главном претресу у његовом садржинском смислу, тј. у односу на само извођење доказа, у основи поверен странкама, а улога суда је у том поступку до крајњих граница бесмислено формализована. Као што је већ објашњено, већина окривљених без браниоца неће, по логици ствари, бити способна за успешно доказивање и биће сасвим очигледно у наглашено инфериорној позицији у односу на јавног тужиоца, а суд при том нема никакав посебан мотив да остварује активнију доказну улогу, нити суд за то располаже адекватним процесним механизмима.

Доказивање за које би првенствено биле надлежне странке на главном претресу донекле би имало смисла једино ако би окривљени увек, без обзира на тежину кривичног дела, морао имати браниоца (као што је то, на пример, случај у Италији), али би се и онда поставило питање да ли је бранилац у конкретном случају адвокат кривичар, каквим искуством располаже и сл.<sup>29</sup>

<sup>29</sup> Ово се не решава потенцијално неуставном одредбом Нацрта (члан 73. став 2), по којој бранилац у првостепеном поступку пред вишим судом и у поступку пред апелационим судом који решава о правном леку против одлуке вишег суда, може бити само адвокат са најмање пет година адвокатске праксе или праксе у тужилаштву на изборној функцији, док бранилац у поступку пред Врховним касационим судом може бити само адвокат са најмање седам година адвокатске праксе или праксе у суду или тужилаштву на изборној функцији. Када се ради о изабраном браниоцу, онда је проблематично да се на овакав начин окривљеном ограничава право избора, док је, с друге стране, цела концепција овакве „селекције“ адвоката веома дубиозна, јер године праксе саме по себи нису гаранција квалитета конкретног адвоката или некадашњег судије, односно јавног тужиоца.

Као што су у Орвеловој *Животињској фарми*, „све животиње равноправне, а неке мало равноправније“, и према Нацрту Законика о кривичном поступку Србије, *обе странке су равноправне, а једна мало равноправнија*.<sup>30</sup> То се може уочити у читавом низу законских одредби, а нарочито у правилима која се односе на конструкцију главног претреса.

Пажњу заслужује и члан 293. став 2. Нацрта ЗКП-а (који на први поглед није повезан са главним претресом), а сходно којем докази које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи у предистражном поступку могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка (што значи и на главном претресу), ако су доказне радње спроведене у складу са Закоником о кривичном поступку. Иако би било бесмислено, чини се да практично свака доказна радња полиције из предистражног поступка (некадашњи преткривични поступак), може без посебних условљавања остварити доказни кредибилитет, чак и на самом главном претресу.

### 6. Друге значајне аномалије садржане у Нацрту Законика о кривичном поступку

Поред претходно већ објашњених крупних концепцијских грешака Нацрта Законика о кривичном поступку, овај текст обилује и другим озбиљним аномалијама, што га у целини прилично девалвира.

#### 6.1. Елементи „ирегистроване кривице“ у Нацрту Законика о кривичном поступку, ипрешно и ипоирешно дефинисање различитих степенa сумње

Према члану 2. тачка 17. Нацрта, основ сумње је претпоставка да је одређено лице, учинилац кривичног дела, заснована на околностима

На пример, адвокат може имати и више деценија праксе, али не у кривичним предметима, па је онда таква његова вишедеценијска пракса потпуно ирелевантна у смислу његове оспособљености да буде бранилац у кривичном поступку, што исто важи и за бившег судију који се искључиво бавио парницом, односно није уопште поступао у кривичним предметима. Па ни сама пракса у кривичним предметима, није сама по себи гаранција било чега, јер та пракса може бити и изразито неуспешна...

<sup>30</sup> Овде треба имати у виду да ни јавни тужилац није „прошао“ добро у Нацрту Законика о кривичном поступку, јер он сада има страховито повећане надлежности и знатно увећан број активности у кривичном поступку. Јавном тужиоцу је сходно Нацрту ЗКП-а, поверен читав низ радњи у предистражном поступку (некадашњи преткривични поступак), а број тих радњи и скуп овлашћења и дужности јавног тужиоца, далеко превазилази његову улогу у садашњем преткривичном поступку. Поред тога, јавни тужилац, сходно Нацрту ЗКП-а, *води истрају* (која се покреће закључком, без могућности побијања правним леком), подноси оптужницу и *мора сам изводити доказе на главном ирешесу*. Творци Нацрта ЗКП-а су заиста жестоко оптеретили јавног тужиоца, па је скоро чудно да му нису поверили и исање „концепција“ ирешесе...

догађаја и посредним закључцима о чињеницама (индицијама).<sup>31</sup> Према члану 2. тачка 18. Нацрта, основана сумња је претпоставка, да је одређено лице учинилац кривичног дела, заснована на околностима догађаја и непосредним закључцима о чињеницама (доказима). Према члану 2. тачка 19. Нацрта, оправдана сумња је поткрепљеност основане сумње доказима који чине вероватном претпоставку да је одређено лице учинилац кривичног дела и оправдавају подизање оптужбе. Ове кратке одредбе су изузетно проблематичне и представљају сјајан пример неукости њених писаца.

Такве дефиниције степена основа сумње су у контрадикцији са претпоставком невиности садржаном у члану 3. став 1. Нацрта, сходно којој се свако сматра невиним све док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда. Ако се *претпоставља да је одређено лице учинило кривично дело* (члан 2. тач. 17–19 Нацрта), онда то значи да се *претпоставља да је он крив*, чиме се дерогира претпоставка невиности, која није садржана само у Законику о кривичном поступку, већ и у Уставу и важним међународноправним документима. Када се каже да *основа сумње, основана сумња, односно оправдана сумња* представљају претпоставку да је одређено лице учинило кривично дело, то значи да се *тиме претпоставља кривица*, јер је кривично дело оно дело које је законом одређено као кривично дело, које је противправно и скривљено,<sup>32</sup> па ако се *претпоставља да је неко учинио кривично дело*<sup>33</sup> то значи да се претпоставља његова *кривица*. Било би нешто боље да су се творци Нацрта макар ограничили на посредно елиминисање претпоставке *кривице* у својим дефиницијама различитих степена сумње, па да је речено да се радио о претпоставци да је одређено лице учинилац дела које је „законом одређено као кривично дело и које је противправно“, што би онда, барем у формалном смислу, могло донекле отклонити проблем улажења у колизију са дејством претпоставке невиности.

Поред тога, *ако су већ желели да се „иштрају“ дефиницијама у законском тексту, аутори ових проблематичних одредби су молили да уместо „шер-*

<sup>31</sup> Иначе, у даљем тексту Нацрта се говори о „основима сумње“, а не о „основу сумње“. На пример, према члану 301. став 1. тачка 1, истрага се покреће против одређеног лица за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело.

<sup>32</sup> Више о томе: З. Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, „Службени гласник“, Београд, 2006, стр. 52–53.

<sup>33</sup> Поред овога, ако се сваки степен сумње везује за претпоставку да је одређено лице учинило кривично дело (као што се то чини у члану 2. ст. 17–19 Нацрта), то би значило и да ниједан од тих степена сумње не може да се односи на неурачунљива лица, јер њихова дела нису кривична дела, већ су у питању кривична дела која су законом одређена као кривична дела и која су противправна, али су учињена без кривице.

мина“ *претпоставка* користе израз *моћућности* и да *и*ако, макар на формалан начин, избећу врло озбиљну конфронтацију са *претпоставком* невиности.

Тиме што се за сваки степен сумње, од најблажег до најтежег, одређује на темељу претпоставке да је одређено лице учинило кривично дело (практично се ради о претпоставци кривице), тако што се захтева постојање одређених „околности“, односно „чињеница“ или „доказа“, на којима се таква претпоставка заснива, се тек непотребно ушло у веома сложен проблем. Врло је неуобичајено за савремене закон(ик)е о кривичном поступку да уведе поделу на *индиције* и *нејосредне доказе*. То је претежно била одлика старих инквизиторских законика о кривичном поступку, устројених на *формалној оцени доказа*. У савременом кривичном процесном праву је подела на индиције и доказе, односно посредне и непосредне доказе, само теоријског значаја, док се у самим законима и у пракси то препушта слободној оцени суда, односно службених актера поступка и њиховом слободном уверењу.<sup>34</sup> Ово представља пример поприличног анахронизма у тексту Нацрта, који није ни од какве практичне важности, у ствари, у пракси може да делује искључиво збуњујуће.

Први пут се у наш кривични поступак уводи и трећи степен сумње, а то је *ојравдана сумња*, која не само да је такође (као и претходно дефинисана два блажа степена сумње – основ сумње и основана сумња) вид кршења претпоставке невиности, већ је веома нејасно дефинисана, једном врло компликованом формулацијом – да се ту ради о „поткрепљености основане сумње доказима који чине вероватном претпоставку да је одређено лице учинило кривично дело и оправдавају подизање оптужбе.“ Ова дефиниција је контрадикторна претходној дефиницији основане сумње и из ње би скоро могло произићи да се сада прави разлика у квалитету доказа који поткрепљују основану сумњу и оних из којих произлази оправдана сумња, што у пракси може бити веома проблематично.

Да су овакве дефиниције степена сумња изложене у неком теоријском раду, оне би могле имати одређеног резона и могле би послужити као извесни оријентир пракси, као што је то уобичајено када се ради о доказним појмовима у кривичном процесном праву, мада би се и тада радило о веома некавалитетним дефиницијама, али када се оне (па чак и у драстичном виду кршења претпоставке невиности) уведу у потенцијални законски текст онда је то грубо поигравање са једним изузетно важним извором права у правној држави.

<sup>34</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Кривично процесно право*, друго издање, Правни факултет у Београду, Београд, 2010.

6.2. Пренормираност Нацрта Законика и други примери неоптребној и погрешној дефинисања, уз честу употребу неадекватних термина

Текст Законика је претрпан нормама, он је сувише обиман, што понекад може имати и збуњујући ефекат. Додуше, то би можда донекле могао бити и квалитет текста, када би се радило о ваљаним одредбама, јер би се онда могло сматрати да је тако остало мање простора за правне празнине, нејасноће и сл. Међутим, овде се ради о потпуно супротном ефекту, јер када постоји више лоших норми, односно када се ради о законском тексту који садржи много веома слабих нормативних решења, онда је то знатно горе него да неке норме уопште не постоје, тј. да нека питања уопште нису ни уређена у закону. Нарочито је проблематично уношење одредби које су нејасне и противречне, а често и непотребне.

Каква је сврха дефинисања „организоване криминалне групе“ у члану 2. тачка 32. Нацрта, када потпуно истоветну дефиницију садржи Кривични законик у члану 112,<sup>35</sup> а у Нацрту има и других сличних примера.

Потпуно је бесмислено дефинисање израза „извесност“ (члан 2. тачка 20), што не само да представља (попут објашњених примера са степенима сумње), пример даљег грубог поигравања са законским текстом који се непотребно оптерећује чисто теоријским појмовима, већ је то и очигледан пример погрешног дефинисања, јер када се извесност објасни као „закључак о несумњивом постојању или непостојању чињеница, који је заснован на објективним мерилима расуђивања“, тиме ништа значајно није речено, односно оно што је речено погрешно је. Ако је извесност истина (а реч истина се максимално избегава у тексту Нацрта), онда она не може, сама по себи, бити закључак, већ се само може радити о закључку да извесност постоји или не постоји, односно да је нешто истина или да није, али у сваком случају и то је чисто теоријско питање. Ради се о веома слабо утемељеној теоријској флоскули, која не заслужује да се нађе у законском тексту.

Лишење слободе се дефинише као *хапшење*, задржавање, забрана напуштања стана, притвор итд. Чему служи оваква дефиниција, па као да без ње до сада није било савршено јасно да је притвор облик лишења слободе?! Коришћење израза „хапшење“, како овде, тако и у другим закон-

<sup>35</sup> Дефиниција из Кривичног законика: „Организована криминална група је група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи.“ Можда би сада питање у неком квизу могло да буде: „Кажите која је разлика између дефинисања организоване криминалне групе Кривичном закоником и у Нацрту Законика о кривичном поступку“.

ским одредбама је потпуно бесмислено. Чудно је да у иновативном Нацрту затвор није означен као „апсана“.

У члану 2. тачка 34, дефинише се да је кривични закон „Кривични законик и други закон Републике Србије у којем су садржане кривично-правне одредбе.“ Ово је просто генијално. Човек занеми пред таквом генијалношћу. Да овде није објашњено шта је кривични закон, ко зна који би се све закони у пракси сматрали кривичним законима, или би можда – да нам није лепо речено да се ту ради само о Кривичном закону Републике Србије, односно другом релевантном закону наше отаџбине – неко необавештен ту сврставао и кривичне законе других држава.

Веома је необична и заиста до крајњих граница иновативна одредба члана 2. став 2, по којој „сви изрази који се користе у граматичком мушком роду подразумевају природни мушки и женски род.“<sup>36</sup> Дакле, овде се ради о баш *свим изразима*,<sup>37</sup> па тако када се користи „мушка“ реч „поступак“, то би значило да постоји и таква „женска“ реч, а да не говоримо о терминима као што су: „орган“, „језик“, „закон“, „законик“, „акт“, „устав“ итд. Све ове речи, подразумева се по творцима Нацрта, морају бити и у женском роду!!!

### *6.3. Институција браниоца у приправности као вид пошеницијалног кршења права на одбрану*

Према члану 77. став 1. Нацрта, ако окривљени изјави органу поступка у писаном облику или усмено на записник да одбија браниоца постављеног по службеној дужности и да жели да се брани искључиво сам, председник суда може посебним решењем одлучити да, у зависности од тежине кривичног дела, сложености случаја и својстава окривљеног, постављени бранилац остане бранилац у приправности, са општим и посебним дужностима, које су прописане у Законнику. Ова одредба је вероватно унета по узору на неке ситуације настале у поступку пред Хашким трибуналом,<sup>38</sup> али њој није место у Законнику о кривичном поступку и од

<sup>36</sup> Занимљиво је да овде нема (додуше, хвала Богу да нема, јер је цела одредба потпуно бесмислена) и логичког реципроцитета, тако што би се навело и да сви изрази који се користе у граматичком женском роду, подразумевају природни мушки и женски род.

<sup>37</sup> Ово би донекле имало смисла само када се ради о *лицима*, као што су, на пример, судија, тужилац, окривљени, оштећени итд., али то ни тада не треба да буде ствар регулативе Законика о кривичном поступку, те овакво нормирање очигледно представља пример оне активности коју народ објашњава пословицом по којој „беспослени поп и јариће крсти“.

<sup>38</sup> Потпуно је бесмислено да се у односу на ову установу користе искуства из Хашког трибунала, јер се пред њим воде кривични поступци за веома тешка кривична дела из категорије кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним



ње у пракси тешко да може бити неке користи, док би, с друге стране, она могла имати и веома негативни ефекат.

Слично као и до сада, у члану 75. Нацрта, прописују се случајеви обавезне стручне одбране где се, као што је уобичајено, утврђује да ако окривљени (односно друга лица која имају то право), браниоца не изабере, њега поставља председник суда по службеној дужности. Међутим, одредбама члана 77. се практично елиминише одбрана по службеној дужности, јер ако окривљени одбије браниоца који му је постављен, онда председник суда *може* посебним решењем одлучити да му буде постављен бранилац у приправности, тј. тада претходно постављени бранилац „остаје у приправности“. Дакле, то се *може, али не мора учини*ти, тако да је сасвим могуће да окривљени и за најтежа кривична дела буде без браниоца у кривичном поступку, уколико одбије онога који му је постављен, а председник суда му не одреди браниоца у приправности, јер он то може, али не мора да учини.

Посебно је незгодно што бранилац у приправности може бити искључиво претходни бранилац по службеној дужности, а кога је окривљени већ „одбио“ што, у ствари, подразумева да није задовољан начином на који га је бранио, није с њим остварио неопходну комуникацију, налази се у одређеној колизији са браниоцем у односу на правац одбране и сл. И сада такав бранилац треба том истом окривљеном да буде бранилац у приправности, или је алтернатива да окривљени уопште нема браниоца, па и за најтежа кривична дела, односно чак ако је нем, глув, неспособан да се сам брани итд.

---

правом, за која је према правилима нашег кривичног законодавства углавном прописана казна од тридесет до четрдесет година затвора. Како правилима Статута тог Трибунала, није прописана обавезна стручна одбрана већ је, обрнуто, окривљеном дато неопозиво право да се брани сам и лично, у неким од поступака пред тим трибуналом користио се у пракси механизам сличан ономе који се сада предвиђа у члану 77. Нацрта, али је то било прилично контроверзно. Како је у нашем кривичном поступку, обавезна стручна одбрана прописана, између осталог, увек када је предмет кривичног поступка кривично дело за које је прописана казна од преко десет година затвора (исто је и у члану 75. став 1. тачка 2. Нацрта), какав је значај да онда када се не ради о случају обавезне одбране постоји бранилац у приправности, јер уколико је у питању неки од разлога за обавезну стручну одбрану онда актуелни бранилац свакако мора да постоји и то би, већ само по себи, искључивало могућност постављања браниоца у приправности. Међутим, чини се, што је веома проблематично, да бранилац у приправности *елиминише обавезну стручну одбрану* у оном конкретном случају у којем је одређен, за шта не постоји ваљан *ratio legis*. Такво решење у пракси може довести до одређених злоупотреба и повреде права на одбрану. Види више о браниоцу у поступку пред Хашким трибуналом: М. Шкулић, *Међународни кривични суд – надлежност и постојање*, Правни факултет у Београду и „Досије“, Београд, 2005, стр. 110–115.

Ради се о веома лошем решењу, које озбиљно нарушава право на одбрану окривљеног. У Нацрту се уређују одређене посебне дужности браниоца у приправности, попут упознавања са садржајем изведених доказних радњи и током којих се одвија главни претрес итд. Дакле, окривљени је одбио постављеног браниоца јер је с њим, на пример, у озбиљном сукобу или чак сматра да он шкоди интересима његове одбране, а онда га председник суда ипак „задржава“, тако што доноси решење којим овај остаје бранилац у приправности, који потом може и даље бити инволвиран у кривични поступак, те фактички и даље утицати на процесну судбину кривичног предмета, без обзира на сукоб са окривљеним, односно на интенцију окривљеног да нема контакт са тим браниоцем.

И у погледу „браниоца у приправности“ постоје и друге контрадикције. Како је објашњено, окривљени и за најтежа кривична дела може остати без браниоца, а тада су могући и неки посебни проблеми. Ако председник суда постављеног браниоца није „задржао“ као браниоца у приправности, а окривљени сам не жели да уложи жалбу против пресуде којом му је изречена казна од тридесет до четрдесет година затвора, таква пресуда неће бити побијана жалбом, што није правично, јер се ради о својеврсној капиталној кривичној санкцији. Још је горе, ако такав окривљени (што би, с обзиром на тежину кривичног дела, било реално, али није и обавезно), има браниоца у приправности, јер такав бранилац жалбу против пресуде може изјавити само *уз изричиту сагласност окривљеног* (члан 78. став 1. тачка 5), што значи да ако нема такве сагласности, жалба не може бити уложена, што је онда у контрадикцији са чланом 438. став 6, по којем бранилац жалбу може изјавити и без посебног овлашћења оптуженог, али не и против његове воље, осим ако је оптуженом изречена казна затвора од 30 до 40 година.

#### 6.4. Достављање писмена

Иако није спорно да је потребно увести ефикасније начине позивања и достављања, чини се да се у Нацрту озбиљно претерало.

Ако се ради о лицу којем се писмено непосредно доставља, а лице се не затекне тамо где се достављање има извршити, писмено се може предати члану његовог домаћинства старијем од шеснаест година, који је дужан да га прими (члан 249. став 2). Како ће се утврђивати године члана домаћинства је посебан проблем који се овде не решава, а бесмислено је уводити обавезу члана домаћинства да прими писмено, када истовремено не постоји било каква консеквенца за одбијање члана домаћинства да писмено прими. Да ли ће му се тада писмено „гурати у руке“ или ће се можда применити физичка сила?

Ако се члан породичног домаћинства не затекне, писмено ће се предати *йортиру, суседу* или *йредседнику кућној савети*, ако они на то пристају и тиме се сматра да је достављање извршено (члан 249. став 2). Ово је невероватна одредба. Када се зна које су процесне консеквенце обављеног уредног достављања, онда је заиста невероватно да се и на овакав начин писмено може уредно доставити. Па, српски комшијски односи су понекад поприлично поремећени и лако је замислити суседа који ће радо примити писмено које се, иначе, лично доставља, а онда га хладнокрвно уништити, те свог злосрећног суседа изложити одређеним процесним последицама.

И наравно, ту је „коначно решење“, па ако лице које није дужно да прими писмено (портир, сусед, председник кућног савета, колега са радног места), одбије да то учини, достављач оставља обавештење да ће се писмено истаћи на огласној табли и по могућству, интернет страници органа поступка, а по протеку рока од осам дана од дана истицања писмена, сматра се да је достављање извршено (члан 249. став 4). Ефикасно, нема шта, али је то истовремено и толико низак стандард за уредно достављање да више приличи некаквом сумарном дисциплинском поступку, него озбиљној кривичној процедури.

С обзиром на разраду читавог низа нових начина достављања писмена, добро је да у Нацрти није предвиђено достављање писмена и „голублијом поштом“, или на неки други „иновативни“ начин.

#### *6.5. Непошребно раздвајање йредисйражној йосшуйка и исйраје*

Предистражни поступак је заменио садашњи преткривични поступак, али је то учињено на суштински погрешан начин. Наиме, и предистражни поступак, као и истрага се воде када постоји исти релативно низак степен сумње, а то су основи сумње, који је иначе веома лоше дефинисан у члану 2. тачка 17, а при томе се истрага на том нивоу степена сумње може водити како против одређеног лица, тј. онда када постоји осумњичени, тако и против непознатог учиниоца.

Како се и предистражни поступак води на нивоу постојања основа сумње и како се он, по правилу, а посебно у неким ранијим фазама и док се кривично дело тек разјашњава, води у односу на непознатог учиниоца, јер његова сврха између осталог и јесте откривање осумњиченог, која је онда сврха омогућавања да се истрага такође може водити против непознатог учиниоца кривичног дела, онда када постоје основи сумње да је учињено кривично дело. Овде је такође грешка, што се не означава да се мора радити о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.

Било би најцелисходније, ако се већ жели чист концепт јавно-тужилачке истраге, да уопште не постоје посебне одвојене фазе предистражног поступка, као неке врсте супститута садашњег преткривичног поступка и истраге коју би уместо садашњег истражног судије водио јавни тужилац. Таква раздвојеност постоји и у неким другим кривичним поступцима који се одликују тужилачком истрагом. Ту је на пример, карактеристична Црна Гора, у којој постоји извиђај, који замењује некадашњи преткривични поступак и истрага која се води по наредби државног тужиоца. Иако ни ово није идеално решење, оно је ипак боље него оно у Нацрту, јер се у Црној Гори извиђај води на нивоу *основа сумње*, док се истрага покреће онда када већ постоји *основана сумња*, као озбиљнији степен сумње, па то онда представља одговарајуће оправдање за разликовање ових фаза, које ипак, ако не формално када се ради о извиђају, суштински, односно садржински, обе заједно представљају сегмент својерсног истражног поступка.<sup>39</sup>

И Законик о кривичном поступку из 2006. године је познавао две истражне фазе – а) претходну истрагу, као неку врсту супститута садашњем преткривичном поступку и б) истрагу поверену јавном тужиоцу, што је у том Законнику било оправдано из два разлога: 1) с обзиром на степен сумње као материјални услов за вођење ових истражних стадијума, који се разликовао и који је за претходну истрагу био основи сумње, а за истрагу се морао радити о основаној сумњи, те 2) с обзиром на то да се истрага покретала решењем јавног тужиоца, против којег је била дозвољена жалба о којој је одлучивао истражни судија.<sup>40</sup>

Истрага се покреће закључком надлежног јавног тужиоца (члан 302. став 1. Нацрта). Против таквог закључка жалба није дозвољена. Чему уопште доношење било које одлуке о спровођењу истраге, ако се већ ради о одлуци против које жалба није дозвољена. Истрага би се могла сматрати покренутом већ првом радњом која има истражни карактер. Није лоше, само по себи, што се ради о закључку (мада до сад није било уобичајено да се у кривичном поступку доносе *закључци*, али је то онда контрадикторно правилима која се, на пример, односе на финансијску истрагу, која се води по наредби јавног тужиоца, када је у питању тзв. проширено одузимање имовинске користи.

<sup>39</sup> Види више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законника о кривичном поступку Црне Горе*, „Мисија ОЕБС-а у Црној Гори“ и Министарство правде Црне Горе, Подгорица, 2009, стр. 723–724.

<sup>40</sup> Више о томе: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, „Службени гласник“, Београд, 2007, стр. 759–760.

Било би целисходније да у нашем будућем кривичном поступку постоји само једна истражна фаза, слично као што је то, на пример, у Немачкој или у Аустрији, а где је истрага у основи спој елемената нашег садашњег преткривичног поступка, за који је карактеристично да „претходи кривичном поступку и омогућава га“<sup>41</sup> и формалне истраге, коју код нас још увек води истражни судија, а коју у тим европским државама води државни тужилац.

#### *6.6. Индиректно коришћење несудских доказа на главном претресу и могућности заснивања пресуде на таквим доказима*

Слично као што је то уређено и у позитивном Законику о кривичном поступку и у Нацрту се прописује неколико ситуација када се на главном претресу могу читати записници о раније датим исказима (члан 411). Међутим, сада је то веома проблематично, јер се више по правилу, не ради о судским доказима, већ о доказима које је у истрази прикупио јавни тужилац.

Донекле је оправдано да се читају записници када се ради о објективној немогућности да се већ испитана лица поново испитају, јер су умрла или душевно оболела, али је потпуно погрешно да се остави могућност читања записника и онда када *сведок или вештак без законској разлоја неће да исказује на главном претресу*.

Тужилачка истрага има низ предности у односу на судску, али она има и одређене потенцијалне мане, а основна мана је да се веома рестриктивно докази из истраге могу користити на главном претресу, већ је њихова основна функција да послуже као утемељење оптужнице, а онда се касније сви докази, по правилу, морају понови изводити на главном претресу,<sup>42</sup> што је посебно изражено у адверзијално конструисаним кривичним поступцима, какав је и овај из Нацрта. Када се уведе неки нови

<sup>41</sup> Више о томе: С. Бркић, *Кривично процесно право II*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010, стр. 9–10.

<sup>42</sup> У вези са овим, погрешно је што се као циљ истраге у Нацрту (члан 301. став 3), одређује не само прикупљање доказа и података који су потребни за одлучивање о томе да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак итд., већ и *доказа за које постоји ошасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било оштећено*... Овакав циљ истрага може имати једино када је води истражни судија, или макар онда када се ради о тужилачкој истрази, али уз могућност да се у погледу одређених доказних радњи (тзв. хитне судске радње), ангажује судија (било судија за истрагу, као што је то случај у Црној Гори, односно у Немачкој, где се он означава као „Ermittlungsrichter“, за разлику од истражног судије који би био „Untersuchungsrichter“, било судија за претходни поступак и сл.), што није случај са одредбама Нацрта.

законски механизам и уопште ново законско решење (попут тужилачке истраге), онда се истовремено морају, како искористити све предности новине, тако и поднети неке мане новог решења. Међутим, у Нацрту се сада покушава остварење „немогуће мисије“, тако да истрага буде тужилачка, али да истовремено сви докази, које је јавни тужилац као несудски државни органи прикупио, могу да се путем читања записника о датим изјавама користе на главном претресу, исто или слично као што је то чињено и са исказима који се дају истражном судији, када он у судској истрази испитује сведоке или вештаке. Тако нешто начелно није могуће, односно није оправдано.

### 7. Закључак

Нацрт Законика о кривичном поступку Србије представља прилично лош и недотеран текст, за који се треба искрено надати да никада неће у овом облику постати извор права. Нацрт је препун веома лоших решења, почев од оних најкрупнијих која су концепцијске природе, до правно-техничких омашки и грешака, озбиљних нејасноћа и неусаглашености. Њиме се, поред овога, у наш кривичнопроцесни систем уводе неки процесни механизми који су потпуно атипични за највећи број земаља континенталне Европе, што у пракси, ако би таква нормативна решења добила снагу закона, може имати веома негативне консеквенце, како по уређеност правног система, тако и по права и слободе грађана.

Покушај садржан у Нацрту новог Законика о кривичном поступку Србије да се у кривичној процедури испоље елементи начела правичног вођења кривичног поступка, а да се истовремено, потпуно елиминише начело истине из нашег кривичног поступка, представља изразито штетан експеримент, који је унапред осуђен на неуспех, али цену таквог експериментисања би могли платити како држава, тако и грађани.

Концепт тзв. паралелне истраге је суштински погрешан и он би у пракси или потпуно паралисао већину кривичних поступака, или би се, што је можда вероватније, свео на голу форму, где би практични значај имала истрага јавног тужиоца, док би „истрага“ лица у функцији одбране била сведена на „празну фасаду“.<sup>43</sup> Тај концепт је *суштински проишван и функцији одбране* у кривичном поступку, те елементарном дејству

<sup>43</sup> Као што је претходно објашњено, механизам „прикупљања доказа у прилог одбране“ током истраге је веома неадекватно решен у Нацрту ЗКП-а, а посебно је апсурдна могућност да полиција буде ангажована у циљу предузимања радњи у прилог одбране у истрази.

претпоставке невиности (која се као што је то објашњено у претходном тексту и формално крши у тексту Нацрта), јер какву би то истрагу окривљени могао водити и против кога, када се окривљени већ по законској дефиницији сматра невиним, све док се евентуално, супротно не утврди правноснажном одлуком суда. Стога је потребно из Нацрта новог Законика о кривичном поступку Србије елиминисати елементе такве наказне творевине као што је „паралелна истрага“.

Потпуно адверзијална конструкција главног претреса, односно суђења, није адекватна за наш кривични поступак и она би у пракси могла довести до огромних проблема. У таквом поступку би странке само формално биле равноправне, док би у пракси то, по правилу, било веома неповољно по окривљеног, нарочито онда када нема браниоца, а у нашем кривичном поступку је само за релативно ограничени круг кривичних дела прописана обавезна стручна одбрана.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је изразито штетно. Није спорно да истина није никаква „света крава“ ни у нашем садашњем кривичном поступку, као ни у кривичним поступцима већине држава континенталне Европе чије кривичне процедуре познају ово начело и где се оно сматра врхунским принципом. Истина се не достиже по сваку цену, али истини се свакако тежи, а онда када се истина објективно не може утврдити примењује се начело *in dubio pro reo*.

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је контрадикторно и у односу на бројна друга кривичнопроцесна правила. Небулозно је да се у Нацрту новог Законика о кривичном поступку, као и раније, омогућава подношење жалбе против пресуде и због *погрешно или неопходно утврђеног чињеничног стања*, другим речима, *услед заснованости пресуде на неистини* а да при том суд *опошће* и *нема дужности утврђивања истине*, а да је извођење доказа, што значи и стварање подлоге за утврђивање чињеничног стања, примарно поверено странкама. Какве су шансе странке да побија пресуду због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, када је она сама, у првом реду процесно одговорна за утврђивање чињеничног стања?

Елиминисање начела истине у кривичном поступку је суштински изразито *неморално*, јер се циљ кривичног поступка не може механички и вештачки одвојити од опште повезаности кривичног права и морала. Ако начелно сматрамо да је вршење кривичних дела неморално, а да се само у кривичном поступку може утврдити да је учињено кривично дело, онда се такво питање не сме препуштати чисто правно-техничком конструисању некаквог „доказног двобоја“, где би странке износиле своје аргументе и контрааргументе, а суд лишен „баласта“ утврђивања исти-

не, или бар тежње ка истини, једноставно арбитрао која је странке била успешнија у доказном дуелу.

Већина грађана од кривичног суда очекује истину а не некакво доказно бодовање страначког извођења доказа. Истина утврђена у кривичном поступку често има и историјско значење. *Замислимо само како би грађанима звучало када би им се јавно рекло да се суд који је, на пример, судио за убиство премијера Ђинђића није давио утврђивањем истине?* Да је у односу на то не само правно, већ и историјски значајно суђење, у примени био ЗКП који не познаје начело истине, суд заиста не би ни имао дужност утврђивања истине, али да ли би то било правично? Да ли би то задовољило грађане? Коначно, какве би, у таквом хипотетичком случају, биле политиче и историјске импликације?!

Осим што је заснован на овим основним и веома крупним концепцијским грешкама и промашајима, Нацрт Законика о кривичном поступку из 2010. године се одликује и *чишћавим* низом *друћих бићних аномалија*, почев од бројних правно-техничких грешака, па до нејасних и врло сумњивих нормативних решења, што *све заједно овај текст чини веома лошим*, па се треба искрено надати да он у садашњем облику никада неће постати део позитивних прописа нашег правног система.

Ако већ нисмо сигурни да ће одређена будућа законска решења користити, а врло је вероватно да могу озбиљно да штете, онда се треба разумно уздржати од њиховог увођења у наш нормативни кривичнопроцесни амбијент. Нацрт новог Законика о кривичном поступку Србије је заснован на суштински погрешној концепцији и садржи читав низ веома лоших нормативних решења и ако би он у садашњем облику постао позитивно право, то би неминовно произвело изразито негативне консекуенце, како по квалитет наших будућих кривичних поступака, тако и по права и слободе грађана.

Кажу да је *основно медицинско правило, да лекар пацијенту не сме омоћи, ако му већ не може помоћи*. Слично би правило могло, или чак морало, важити и за реформу нашег кривичног поступка. Лако је уочити да Нацрт Законика о кривичном поступку Србије представља изразито погрешан лек.



**Dr Milan Škulić**  
**Professor at the Faculty of Law**  
**University of Belgrade**

*Misconception of the draft new Code of Criminal Procedure*

**Summary**

Traditionally, in European countries, which are the part of classical continental-European criminal procedure law system, the court and state bodies participating in the criminal procedure have the obligation to establish the facts essential for truth and delivering a lawful judgment. The court and the state bodies are also obliged to examine and establish with equal attention both the facts burdening the defendant, as well as those to the benefit of the defendant. It is also in advanced with the Article of 17 Criminal Procedure Code of Serbia.

The principles of fair procedure in criminal procedure and the principle of truth in criminal procedure are the basic principles which are in fact the goal of criminal procedure. The main idea is that the Criminal Procedure Code should contain rules aimed at enabling fair conducting of the criminal procedure, in order to avoid any innocent persons being convicted, and to enable a perpetrator of a crime to be sanctioned in accordance with the envisaged Criminal Code and on the basis of a lawfully conducted criminal procedure.

Author explains the basic characteristics of the principles of fair procedure in criminal procedure and the principle of truth in criminal procedure and different meaning of these principles (especially the principle of the truth), in both large world criminal procedural systems: a) in continental Europe and b) in the USA and other so called Anglo-Saxon states. In the article are also explained the most significant characteristics of these comparative criminal procedural system.

Author especially explains some very negative examples in the new Draft Code of Criminal Procedure Code of Serbia. Completely adversatorial construction of the main trial is not adequate for Serbian criminal procedure and that could be in the practice the cause of many serious problems. In this type of procedure the parties would be equal only in formal point of view. In the practice that could be very inconvenient and bad for the defendant, especially when he/she has not a defense counsel and in Serbian criminal procedure is mandatory defense counsel provides only for limited number of criminal offences.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure, i.e. in the Draft version of the Criminal Procedure Code of Serbia, is very negative solution. It is without doubt that the truth is not a "holly cow" in Serbian valid criminal procedure and also in criminal procedures in other states in continental Europe which legal systems know this vital principle. The truth is not achieving at any price and when it is objectively not possible, the principle *in dubio pro reo* has to be applied. It is not more the case in the Draft of the new Criminal Procedure Code of Serbia, which is very bad solution that must be seriously criticized.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is in a contradiction to many other vital criminal procedural rules. It is completely senseless and nonsense, that

in the Draft of the new Code of Criminal Procedure (the same rule as today, i.e. in now days CPC), provides appeal against the verdict because erroneous or incomplete finding of fact, i.e., when the judgement is ground on the incorrect or incomplete finding of fact or when the court has determined a relevant fact incorrectly and besides, the court officially does not have a duty to determine a truth.

Elimination of the principle of the truth in criminal procedure is essentially unmoral, because the truth in criminal procedure can not be divided from general connectivity criminal law and moral. The majority of citizens expect the truth in and from criminal procedure. This truth has often historical significance too. If the fact is, that criminal offence principally is unmoral and if only in criminal procedure can be determined if the crime was committed, then this kind of question can not be only the mater of so called evidential duel between prosecutor and defendant with no active role of independent and impartial court.