

*Dr Snežana Brkić, vanredni profesor
Pravnog fakulteta u Novom Sadu*

O NEKIM NEPRIMENJIVIM, PROTIVREČNIM I NEJASNIM ODREDBAMA ZKP SRBIJE NAKON PROCESNE REFORME IZ 2009. GODINE¹

Sažetak: *U radu se analiziraju neke konfuzne odredbe ZKP Srbije nakon procesne reforme iz 2009. godine. One svedoče o brzopletosti zakonodavca i o njegovoj nebrizi za sinhronizaciju celokupnog zakonskog teksta. Rad je podeljen u četiri dela. U prvom delu su obrađeni slučajevi pozivanja na nepostojeće odredbe zakona, u drugom delu su prikazane neke protivrečne odredbe, u trećem delu nejasne i nerazumljive odredbe ZKP, a u četvrtom delu pravne praznine. Kritikujući loša zakonska rešenja, autor ukazuje na potrebu zauzimanja odgovarajućeg stava po pitanju njihovih tumačenja, dajući i predloge novih zakonskih rešenja.*

Ključne reči: *Zakonik o krivičnom postupku, protivrečne odredbe, nejasne odredbe, neprimenjive odredbe, skraćeni postupak, postupak za kažnjavanje od strane istražnog sudije, neposredno optuženje, odlaganje glavnog pretresa, osumnjičeni, oportunitet*

Krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije karakteriše veoma dinamičan i brz razvoj. U principu, to bi za predmet takve regulacije trebalo da bude čudno. Sistemski zakoni u pravilu nemaju potrebu da se menjaju ni lako, ni brzo, ni često. Nekada se njihov vek važenja merio decenijama. To odavno više nije tako. Međutim, ako nam savremeni uslovi ži-

¹ Rad je nastao u okviru naučnoistraživačkog i razvojnog projekta „Harmonizacija prava Republike Srbije i prava Evropske Unije“ koji finansira Pravni fakultet u Novom Sadu.

vota nameću potrebu za češćim zakonskim reformama, to nije razlog da im se pristupa brzopleto i neosmišljeno. Parcijalni pristup zakonskim promenama, bez neophodnog uvida u sadejstvo celokupnih njegovih odredaba, može rezultirati ne samo nesvrishodnim, nego i protivrečnim, nejasnim, nerazumljivim, a nekad i neprimenljivim zakonskim odredbama. U fokusu ovog rada biće upravo takve zakonske odredbe koje su unete u Zakonik o krivičnom postupku Srbije prilikom procesne reforme iz 2009. godine.

1. Pozivanje na nepostojeće odredbe

1. 1. Pozivanje čl. 446. st. 3. poslednja rečenica na brisani st. 2. čl. 433. ZKP

Evolucija našeg krivičnog procesnog prava pokazuje težnju zakonodavca da omogući sve širu primenu skraćenog postupka. To se postizalo konstantnim širenjem uslova za njegovu primenu. Tako na primer, prema ZKP iz 1976. godine, skraćeni postupak je bio rezervisan za krivična dela za koja je bila propisana novčana kazna kao glavna ili kazna zatvora do tri godine, ali isključivo pred sudom koji sudi samo u prvom stepenu (čl. 430/1).² To znači da se skraćeni postupak mogao primenjivati samo u postupku pred opštinskim, ne i pred okružnim sudom. Članom 433. ZKP iz 2001. godine stvorene su pretpostavke za širenje primene skraćenog postupka, i to na dva načina. S jedne strane, ukinuto je ograničenje koje je do tada bilo vezano za sudove koji sude samo u prvom stepenu. S druge strane, omogućena je izuzetna primena nekih odredaba o skraćenom postupku i na krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina. To su bile odredbe koje su se odnosile na glavni pretres, presudu i postupak po žalbi. Ta mogućnost je postojala samo uz saglasnost sva tri osnovna procesna subjekta: bili su potrebni predlog ovlašćenog tužioca, izričit pristanak okrivljenog i odobrenje predsednika suda.³

Najnovijim izmenama i dopunama ZKP iz 2009. godine,⁴ nastavljen je ovaj trend tako što je dotadašnja izuzetna i fakultativna mogućnost primene nekih odredaba o skraćenom postupku pretvorena u obavezno pravilo, i to u pogledu svih regula skraćenog postupka, pa i one o isključenju istrage. Naime, propisano je da se skraćeni postupak vodi za sva krivična

² To je suštinski odgovaralo postupku pred opštinskim odnosno sreskim sudom prema čl. 393. ZKP iz 1953.

³ Po našem mišljenju, celishodnije bi bilo da je saglasnost davao postupajući sudija odnosno veće, umesto predsednika suda.

⁴ Sl. gl. RS 72/09.

dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do pet godina.⁵ Time će se omogućiti primena skraćenog postupka na dodatnih 175 krivičnih dela kod kojih su propisani razni modaliteti kazne zatvora do pet godina u osnovnom, alternativnom ili kvalifikovanom obliku, prema važećem Krivičnom zakoniku.

Ova intervencija u skraćenom postupku, nužno je zahtevala odgovarajuće intervencije i u drugim zakonskim odredbama, koje sa tim imaju neposredne ili posredne veze. Međutim, zakonodavac je to na nekim mestima propustio da uradi. Tako na primer, širenje primene skraćenog postupka na sva dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, imalo je za posledicu brisanje stavova 2 – 6 u čl. 433, koji su do tada predviđali samo izuzetnu mogućnost primene nekih odredaba skraćenog postupka na dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina. Dakle, sada čl. 433 ima samo jedan stav, a u čl. 446. st. 3, druga rečenica i dalje stoji: „Za krivična dela iz čl. 433. st. 2. ovog zakonika kazna zatvora ne može biti veća od tri godine“. Ta odredba je sada potpuno izlišna i bespredmetna i kao takvu, nju je trebalo takođe brisati, što nije učinjeno. Član 446. st. 2. i 3. ZKP inače reguliše poseban režim potpunog priznanja okrivljenog datog na glavnom pretresu u skraćenom postupku. Pošto ono može dovesti do prekida dokaznog postupka i prelaska na izricanje krivične sankcije, doprinosi ubrzanju i pojeftinjenju krivičnog postupka. Da bi se okrivljeni stimulisao da koristi takvu opciju, propisane su unekoliko blaže sankcije koje se u tom slučaju mogu izreći. Tako se do izmena ZKP iz 2009. godine, za dela koja su se uvek sudila u skraćenom postupku (dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine) mogle izreći sledeće sankcije: sudska opomena, uslovna osuda, novčana kazna i kazna zatvora do jedne godine, a uz njih jedna ili više sledećih mera: oduzimanje predmeta, zabrana upravljanja motornim vozilom i oduzimanje imovinske koristi. Za ona dela koja su po čl. 433. st. 2. ZKP mogla biti izuzetno suđena u skraćenom postupku (dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina), primena pomenute ustanove je garantovala da okrivljenom neće biti izrečena kazna zatvora veća od tri godine. Sada, kada je u zakoniku ostala poslednja rečenica čl. 446. st. 3., kada je brisan st. 2. čl. 433. i kada je podignut prag krivičnih dela za koja se obavezno vodi skraćeni postupak na dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, proizilazi nekoliko zaključaka: a) poslednja rečenica stava 3. čl. 446. ZKP je bezpredmetna jer je izgubila vezu sa nekadašnjim članom 433. st. 2. ZKP, koga više nema; b) ta odredba se više ne može primenjivati; v) sada se u

⁵ Takvo rešenje zastupljeno je i u čl.446. novog ZKP Crne Gore (Službeni list Crne Gore 57/09).

svakom slučaju potpunog priznanja okrivljenog na glavnom pretresu u skraćenom postupku, pa i za dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, može izreći kao maksimalna, kazna zatvora do jedne godine; g) takav režim kažnjavanja je povoljniji za okrivljenog, nego što je to do sada bio slučaj. Ipak, ne možemo a da ne postavimo pitanje da li je to bila intencija zakonodavca. Naime, ako je to zakonodavac namerno uradio, zašto onda nije brisao pomenutu poslednju rečenicu iz čl. 446. st. 3. ZKP, kada se već bavio izmenama toga stava Zakonika.⁶ Ne možemo se otići utisku da je sadašnja protivrečnost rezultat brzopletosti zakonodavca. Smatramo da ovde ipak treba ostati na nivou gramatičkog a ne ciljnog tumačenja zakonskog teksta, i to iz dva razloga. Prvo, navedeno ciljno tumačenje se ne može sa sigurnošću izvesti. Drugo, takvo tumačenje zakona išlo bi na štetu okrivljenog, što je nedopustivo.

1.2. Pozivanje čl. 337. st. 2. na čl. 309. st. 3. ZKP

U važećem tekstu ZKP ima i slučajeva pozivanja jedne odredbe zakona na drugu odredbu zakona koja formalno postoji, ali je u međuvremenu promenila sadržinu, tako da se nikako ne mogu dovesti u smisaonu vezu. Takav je npr. slučaj sa odredbom čl. 337. st. 2. ZKP koja predviđa izuzetnu mogućnost sudskog veća da, i bez saglasnosti stranaka, ali po uzimanju njihovih izjava, odluči da se pročita zapisnik o ispitivanju svedoka ili veštaka na ranijem glavnom pretresu, koji je održan pred istim predsednikom veća, iako je protekao rok iz čl. 309. st. 3. ZKP. Ovakvo upućivanje na odredbu čl. 309. st. 3. ZKP je imalo smisla do procesne reforme iz 2009. godine, kada je u čl. 309. st. 3. bila propisana obaveza suda da glavni pretres počne iznova i sve dokaze ponovo izvede ukoliko je odlaganje glavnog pretresa trajalo duže od tri meseca. Međutim, u novoj redakciji čl. 309. st. 3. ZKP više se uopšte ne pominje navedeni tromesečni niti bilo koji drugi rok, tako da je sada upućivanje na tu odredbu u kontekstu nekakvog roka postalo besmisleno. Da zakonodavac nije slučajno ispustio iz vida rok od tri meseca u čl. 309. st. 3. ZKP, svedoči i odredba sadašnjeg st. 6. istog člana, po kojoj je predsednik veća dužan da obavesti predsednika suda o svakom odlaganju koje traje duže od dva meseca. To znači da ZKP sada omogućava prosto nastavljanje odloženog glavnog pretresa, bez obzira na to koliki je vremenski interval između dva glavna pretresa. U tom svetlu sagledana, odredba čl. 337. st. 2. ZKP postaje potpuno bespredmetna u delu u kome se poziva na nepostojeći rok iz čl. 309.

⁶ Dopunama čl. 446. st. 3. ZKP iz 2009. godine omogućeno je izricanje u takvom slučaju još dve kazne: kazne oduzimanja vozačke dozvole i kazne rada u javnom interesu.

st. 3. Praktično, dosadašnji izuzetak se pretvorio u pravilo. I još više od toga: to znači da se više ne moraju uzimati izjave stranaka o čitanju zapisnika, niti se moraju formalno pročitati zapisnici sa ranijih glavnih pretresa. Glavni pretres se može prosto nastaviti. Takvo potkopavanje načela neposrednosti na glavnom pretresu je nedopustivo.

2. Protivrečne odredbe

2. 1. Kolizija čl. 433. i čl. 455. st. 2. ZKP

Današnje uprošćene procesne forme se u većem stepenu razilaze od opšte procedure, nego što je to ranije bio slučaj. Za razliku od izostanka prethodnog stadijuma na bazi male težine krivičnog dela, koji nije bio nepoznat ni ranijim pravima, bitno novi momenat u razvoju savremenog procesnog prava je pomeranje vlasti odlučivanja u uprošćenim formama sa glavnog na prethodni postupak. Kao legitimirajući osnovi u tom pogledu najčešće se kombinuju dovoljnost dokazne građe i jedan ili više osnova iz reda držanja procesnih subjekata. Jedna od takvih procesnih formi uvedena je u naše pravo ZKP iz 2001. godine pod nazivom „Postupak za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije“. Ova pojednostavljena procesna forma omogućava da se nakon završene istrage i podignute optužbe za lakša krivična dela pod određenim uslovima izreknu neke krivične sankcije od strane istražnog sudije i bez glavnog pretresa.

Postupak je moguć u slučaju potpunog priznanja okrivljenog datog u prisustvu branioca istražnom sudiji i potkrepljenog drugim dokazima prikupljenim u istrazi. Pod istim uslovima važiće i priznanje koje je osumnjičeni dao organu unutrašnjih poslova u smislu čl. 226. st. 9. ZKP.

Primenu ovog postupka može predložiti javni tužilac u podignutoj optužnici, odmah nakon završene istrage a najkasnije u roku od osam dana. Postupak može inicirati i sam okrivljeni u roku od osam dana od dana dostavljanja optužnice, ako se sa time saglase javni tužilac i istražni sudija. Umesto glavnog pretresa, drži se posebno javno ročište pred istražnim sudijom, na kome se nakon saslušanja stranaka i izričitog pristanka okrivljenog, može doneti presuda.

Opisani postupak je ograničen samo na krivična dela za koja je propisana novčana kazna kao glavna kazna ili kazna zatvora do pet godina. S obzirom na znatan broj takvih inkriminacija (ukupno 145 oblika osnovnog, alternativnog ili kvalifikovanog krivičnog dela prema stanju našeg krivičnog zakonodavstva pre izmena i dopuna iz 2009. godine), ova vrsta postupka je mogla odigrati važnu ulogu u pravcu rasterećenja pravosuđa. Odredbe o vrsti i meri krivičnih sankcija koje istražni sudija može

izreći mogle bi podsticajno delovati na okrivljenog u smislu prihvatanja ili čak iniciranja ove procesne forme. Naime, istražni sudija može izreći novčanu kaznu, uslovnu osudu i kaznu zatvora do jedne godine, a uz njih jednu ili više sledećih mera: oduzimanje predmeta, zabranu upravljanja motornim vozilom i oduzimanje imovinske koristi. Iz odredbe čl. 459. st. 3. ZKP sledi da se u ovoj vrsti postupka može izreći i sudska opomena. Nakon procesne reforme iz 2009. godine, u ovoj vrsti postupka se osim toga, mogu izreći i kazna rada u javnom interesu, kao i kazna oduzimanja vozačke dozvole, kojima je dopunjen kazneni registar prilikom donošenja novog KZ 2005. godine. Taj potez našeg zakonodavca svedoči o njegovoj težnji da omogućući širu primenu ove vrste postupka, dovodeći ga u vezu i sa nekim novim kaznama koje bi po svojoj prirodi mogle da se uklape u ovu vrstu uprošćenog postupka. Međutim, brzopletost zakonodavca i njegova nebriga za sinhronizaciju svih relevantnih zakonskih odredaba, imala je kontraproduktivni efekat. Naime, zakonodavac je kod ove vrste postupka zaboravio da je prethodno podigao prag primene skraćenog postupka na krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, pa nije našao za shodno da promeni i uslov u pogledu težine krivičnog dela u postupku za kažnjavanje od strane istražnog sudije. Tako sada u ZKP imamo dve odredbe koje su međusobno protivrečne i jedna drugu isključuju. Ista krivična dela (propisana novčana kazna kao glavna ili kazna zatvora do pet godina) su uslov za vođenje i skraćenog postupka i postupka za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije. Kako skraćeni postupak uvek isključuje fazu istrage, a ona je neophodna u postupku iz čl. 455. ZKP, ta dva postupka se međusobno isključuju. Pošto je primena skraćenog postupka obavezna, a primena postupka za kažnjavanje od strane istražnog sudije fakultativna, ova kontradikcija će uvek ići na štetu ove druge vrste postupka. Prosto je neverovatno da zakonodavac, koji se inače bavio i dopunom odredaba čl. 457., to nije primetio i nije intervenisao podizanjem težine krivičnih dela koja se mogu presuditi od strane istražnog sudije. Zbog svega navedenog, bila bi neophodna izmena odredbe čl. 455. st. 2. ZKP, koja bi primenu ovog postupka vezivala za krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina. Time bi bila deblokirana primena ovog postupka, koji je sam po sebi i legitiman i racionalan.⁷ Trenutno u našem važećem krivičnom zakonodavstvu ima ravno sto krivičnih dela za koja je

⁷ Vid. više o opravdanju ove vrste postupka kod S. Brkić: „Istražni sudija pred novim zadatkom?“, *Pravni život* 9/2000, str. 371-380; S. Brkić: „Nove procesne forme u Zakoniku o krivičnom postupku“, *JRKK* 1/2002, str. 41-62.

propisana kazna zatvora od jedne do osam godina. Podizanje te granice bilo bi u skladu sa već postojećim trendom u našem krivičnom materijalnom i procesnom pravu. Naime, ako je faza istrage isključena kod svih krivičnih dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, ako je dopušten „blaži režim“ neposredne optužnice za dela sa propisanom kaznom zatvora preko pet do osam godina i ako je dopušteno sporazumevanje o krivici za sva dela sa propisanom kaznom zatvora do dvanaest godina, zašto ne bi bilo dopušteno izricanje presude od strane istražnog sudije za dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina? S obzirom na česte prigovore da je ova forma nepotrebno iskomplikovana zahtevanjem mnoštva uslova, predlažemo da se čl. 455. ZKP izmeni i ova forma učini pristupačnijom, tako što će za donošenje presude od strane istražnog sudije biti dovoljno i samo priznanje okrivljenog. Pored toga, da bi se postigli veći rasterećujući efekti, primena ove forme bi trebala biti obavezna za istražnog sudiju, ukoliko postoji saglasnost javnog tužioca i okrivljenog, uz ispunjenost ostalih zakonskih uslova.

2.2. Kolizija čl. 244. st. 7. i čl. 268. st. 2. ZKP

Nedavna procesna reforma donela je jednu novinu i u postupku neposrednog optuženja. Naime, blaži režim neposredne optužnice, koji zavisi isključivo od volje tužioca, kome nije potrebna saglasnost istražnog sudije, sada je vezan za krivična dela sa propisanom kaznom zatvora do osam godina, a ne do pet godina, kao ranije. To je bila prirodna posledica podizanja praga krivičnih dela za koja se vodi skraćeni postupak na dela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina. Međutim, i u ovoj oblasti zakonodavac je napravio jednu grešku, jer sa izmenjenom odredbom čl. 244. st. 6. nije uskladio i ostale zakonske odredbe. Tako na primer, odredba čl. 244. st. 7. predviđa da se odredbe st. 1. do 6. tog člana primenjuju i kad se gonjenje preduzima po zahtevu oštećenog kao tužioca. Međutim, ostao je neizmenjen čl. 268. st. 2. po kome „ako oštećeni kao tužilac, protivno odredbama člana 244. st. 1. i 2. ovog zakonika, podigne optužnicu bez sprovođenja istrage za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora preko pet godina, smatraće se da je stavio zahtev za sprovođenje istrage.“ Ovdje ponovo imamo dve protivrečne odredbe: po jednoj, oštećeni kao tužilac može da koristi oba režima neposredne optužnice; po drugoj odredbi on može da koristi samo „blaži režim“, koji ne zahteva saglasnost istražnog sudije. Odredbu čl. 268. st. 2. zakonodavac je očigledno trebao da veže za dela sa propisanom kaznom zatvora preko osam godina. Jedino ciljnim i istorijskim tumačenjem možemo doći do zaključka da pred-

nost primene imaju odredbe čl. 244. ZKP u odnosu na odredbu čl. 268. st. 2. ZKP. To znači, da bi oštećenom kao tužiocu ipak pripadalo pravo na neposredno optuženje za dela sa propisanom kaznom zatvora preko osam godina uz saglasnosti istražnog sudije.

2.3. Kolizija čl. 236. st. 6. i čl. 221. tač. 1. i 2. ZKP

U čl. 236. st. 6. ZKP, potpuno neopravdano se upotrebljava izraz „osumnjičeni“, u slučaju kad javni tužilac odustaje od gonjenja u već pokrenutom postupku do završetka glavnog pretresa. Taj izraz nije u skladu sa odredbom čl. 221. tač. 1. ZKP, po kojoj je osumnjičeni „lice prema kome je pre pokretanja krivičnog postupka nadležni državni organ preduzeo neku radnju zbog postojanja osnova sumnje da je izvršilo krivično delo.“ Kako se u stavu 6. radi o već pokrenutom krivičnom postupku, to lice je izgubilo status osumnjičenog i postalo je okrivljeni. To nedvosmisleno potvrđuje i odredba čl. 221. st. 2. ZKP, po kojoj je okrivljeni „lice protiv koga je doneto rešenje o sprovođenju istrage ili protiv koga je podneta optužnica, optužni predlog ili privatna tužba.“ Mislimo da protivrečnost navedenih zakonskih odredaba u terminološkom pogledu ne bi smela imati za posledicu stvarnu degradaciju okrivljenog na glavnom pretresu u status osumnjičenog. Drugim rečima, ova terminološka zbrka ne bi smela da ima nikakve negativne praktične reperkusije po lice protiv kojeg se vodi krivični postupak u fazi glavnog pretresa.

2.4. Kolizija čl. 252. st. 4. i 254. st. 6 sa čl. 406. st. 1. ZKP

Na kraju, treba napomenuti da nisu sve nejasne, konfuzne i protivrečne odredbe ZKP nastale u procesnoj reformi 2009. godine, iako ih je tada najviše bilo. Naš zakonodavac je i ranije činio neke propuste. Izvesne protivrečnosti su se prokrale našem zakonodavcu i 2001. godine, i one do danas nisu otklonjene. Ilustrovaćemo to na primeru odredaba čl. 252. st. 4, čl. 254. st. 6 i čl. 406. st. 1. ZKP. Član 252. ZKP reguliše prekid istrage do koga može doći usled nastupanja privremenih i otklonjivih procesnih smetnji, kao što je npr. duševno oboljenje ili duševna poremećenost nastupela posle izvršenog krivičnog dela. Prema čl. 252. st. 4. i čl. 254. st. 6. ZKP, kad prestanu smetnje koje su prouzrokovale prekid, istražni sudija će nastaviti istragu. Iz tih odredaba proizilazi da istražni sudija *ex officio* nastavlja prekinutu istragu, ne čekajući inicijativu ovlašćenog tužioca. Međutim u čl. 406. st. 1. ZKP koji reguliše slučaj tzv. nepravog ponavljanja krivičnog postupka koji je bio pravnosnažno prekinut zbog okolnosti koje privremeno sprečavaju gonjenje, proizilazi drugačije reše-

nje. Tu se izričito kaže da će se prekinuti postupak *na zahtev ovlašćenog tužioca* nastaviti čim prestanu uzroci zbog kojih su donete navedene odluke. I za jedno i za drugo rešenje mogli bi se naći argumenti. Tako, prvo rešenje, po kome se ne čeka tužiočev predlog, više je u skladu sa karakterom same privremene situacije i odgovornošću suda za utvrđeno činjenično stanje. Drugo rešenje, po kome se čeka na tužiočev predlog, više je usklađeno sa optužnim načelom. Na razmeđu između ova dva protivrečna stava, ipak bi smo se priklonili drugom rešenju, jer je ono sadržano u odredbi koja se direktno odnosi na pitanje nastavljanja prekinutog postupka, a to je odredba čl. 406. st. 1. ZKP.

3. Nejasne odredbe

3.1. Nedoumice u vezi sa čl. 136. st. 3. ZKP

2009. godine je izmenjena i odredba čl. 136. ZKP, koja se odnosi na meru procesne prinude zabranu napuštanja stana ili mesta boravišta. Ona obuhvata ograničenje slobode kretanja okrivljenog bez lišavanja slobode a ogleda se u zabrani okrivljenom da bez odobrenja napusti svoj stan ili mesto boravišta. Uz tu meru okrivljenom se može izreći jedna ili više dopunskih mera, kao što su zabrana posećivanja određenih mesta, sastajanja sa određenim licima ili prilaženja određenim licima. Do sada se tim merama nikako nije smelo ograničiti pravo okrivljenog da živi u svom stanu, da se nesmetano viđa sa članovima porodice, bliskim srodnicima i svojim braniocem. Pomenuta odredba je nakon procesne reforme iz 2009. godine na svojevrsan način relativizovana. Do sada apsolutno zagarantovana sloboda nesmetanog viđanja sa članovima porodice i bliskim srodnicima se može uskratiti ako ta lica nisu obuhvaćena samom merom. Odredba čl. 136. st. 3. ZKP doslovno glasi: „Merama iz stava 1. i 2. ovog člana ne može se ograničiti pravo okrivljenog da živi u svom stanu, da se nesmetano viđa sa članovima porodice, bliskim srodnicima, osim ako ta lica nisu obuhvaćena merom iz stava 2. ovog člana i svojim braniocem.“ Ovako postavljena negacija negacije dovodi nas do toga da se vrtimo u krug i da nikako ne možemo sa sigurnošću odrediti u kojim to slučajevima zapravo okrivljenom može biti uskraćeno pravo da se viđa sa članovima porodice i bliskim srodnicima. Najpre da vidimo kakve zaključke možemo izvući iz ovih odredaba. Prvo imamo opštu normu koja kaže da se okrivljenom može zabraniti sastajanje ili prilaženje određenim licima. Zatim imamo posebnu normu koja isključuje primenu opšte norme na članove porodice i bliska lica. Najzad, imamo izuzetak od posebne norme koji nam govori kada ipak možemo zabraniti viđanje okrivljenog sa članovima porodice i

bliskim srodnicima. Do ovog mesta sve je razumljivo i sve je u redu. Međutim, način na koji je izražen ovaj izuzetak od posebne norme je veoma problematičan. Tumačenjem ovih odredaba mi dolazimo do jedne potpuno neodređene situacije u kojoj se uopšte ne zna kada je moguć ovaj izuzetak od izuzetka. Zakonodavac je ovim zapravo rekao: sud ne može ograničiti pravo okrivljenog da se viđa sa članovima porodice i bliskim licima, osim kada to može, a može uvek onda ako ta lica ne obuhvati samom merom. Veoma nespretna, problematična i zagonetna formulacija, koja otvara prostor za praktično ničim neograničeno odlučivanje o tome kada se nesmetano viđanje sa pomenutim licima može ograničiti, a kada ne. Mislimo da je intencija zakonodavca bila sledeća: okrivljenom izuzetno treba uskratiti mogućnost sastajanja ili prilaženja čak i članovima porodice i bliskim srodnicima, ako su upravo ta lica bila povređena ili ugrožena krivičnim delom okrivljenog. Uostalom, potreba za jednim takvim izuzetkom od pravila je priznata i u mnogim drugim zakonodavstvima, s tom razlikom što je ona tamo malo srećnije formulisana. Tako npr. u čl. 166. st. 4. ZKP Crne Gore iz 2009. godine, to je izraženo na veoma jasan i nedvosmislen način: „Mjerama nadzora ne može se ograničiti pravo okrivljenom da živi u svom stanu, da se nesmetano viđa sa članovima porodice i bliskim srodnicima, osim kad se postupak vodi zbog krivičnog djela učinjenog na štetu člana porodice ili bliskih srodnika“. To pitanje je na sličan način rešeno i u čl. 98. st. 3. ZKP Hrvatske iz 2008. godine, s tom razlikom što je krug srodnika odnosno bliskih lica taksativno naveden. Prema tom zakonu, takvim merama se „ne može ograničiti pravo okrivljenog na vlastiti stan, te pravo na nesmetane veze s ukućanima, bračnim ili izvanbračnim drugom, roditeljima, djetecom, posvojenikom ili posvojiteljem, osim ako se postupak vodi zbog kaznenog djela počinjenog na štetu neke od tih osoba.“

3.2. Nedoumice u vezi sa čl. 237. ZKP

ZKP iz 2001. je uveo dva slučaja oportuniteta krivičnog gonjenja punoletnih osumnjičenih lica. S jedne strane, to je uslovljeni oportunitet iz čl. 236. ZKP.. S druge strane, to je безусловni oportunitet u slučaju stvarnog kajanja prema čl. 237. ZKP. Prvobitne formulacije ovih odredaba su bile jasne po pitanju kruga krivičnih dela na koja se oportunitet odnosi. Član 236. ograničavao se na krivična dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine, a čl. 237. je upućivao na krivična dela iz čl. 236. Krug krivičnih dela koja se gone po načelu oportuniteta u slučaju stvarnog kajanja i dalje je određen upućujućom odredbom na čl. 236. ZKP. Međutim, treba imati u vidu da je čl. 236. Zakonika pretrpeo

izmene prilikom procesne reforme 2009. godine. Pored krivičnih dela sa predviđenom novčanom kaznom i kaznom zatvora do tri godine, on se izuzetno primenjuje i na dela sa propisanom kaznom zatvora preko tri do pet godina, ali po odobrenju vanraspravnog veća. Gramatičkim tumačenjem čl. 237. ZKP dolazimo do zaključka da se ova vrsta oportuniteta primenjuje i na dela sa propisanom kaznom zatvora preko tri do pet godina, ali ostaje dvojbeno pitanje, da li je u tom slučaju potrebno odobrenje vanraspravnog veća ili ne. Nama se, međutim, čini da zakonodavac nije hteo širenje kruga krivičnih dela u čl. 237, već da je prosto ostavio nepromenjenu odredbu čl. 237, previđajući izmene koje je pretrpeo čl. 236. ZKP.

3.3. Nedoumice u vezi sa čl. 236. st. 6. i 7. ZKP

Prilično je nespretna i pomalo zbunjujuća formulacija st. 7. u vezi sa st. 6. čl. 236. Zakonika. Prema st. 6. javni tužilac može odustati od gonjenja do završetka glavnog pretresa uz saglasnost suda pred kojim se vodi glavni pretres za krivična dela sa predviđenom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine, ako „osumnjicheni“ ispuni jednu ili više mera. U st. 7 se kaže da javni tužilac može postupiti u skladu sa st. 6 i kada se postupak vodi za delo za koje je predviđena kazna zatvora preko tri do pet godina, ako to svojim rešenjem odobri veće iz čl. 24. st. 6. Pošto je u skladu sa st. 6. i davanje saglasnosti suda pred kojim se vodi glavni pretres, gramatičko tumačenje ovih odredbi upućivalo bi da se za ta teža dela traži dvostruka saglasnost suda: najpre saglasnost suda pred kojim se vodi glavni pretres, a potom i odobrenje veća iz čl. 24. st. 6. Mislimo da u intenciji zakonodavca nije bilo zahtevanje dvostruke saglasnosti suda, već zahtevanje saglasnosti kolegijalnog a ne inokosnog organa za krivična dela sa propisanom kaznom zatvora preko tri do pet godina. Ta misao se mogla malo spretnije izraziti na sledeći način: „(6) Javni tužilac može, uz saglasnost suda, odustati od krivičnog gonjenja i u već pokrenutom krivičnom postupku, do završetka glavnog pretresa, ako okrivljeni ispuni jednu ili više mera iz st. 1. ovog člana. Kada se postupak vodi za krivična dela sa propisanom novčanom kaznom ili kaznom zatvora do tri godine, saglasnost daje sud pred kojim se vodi glavni pretres.⁸ Ako se radi o krivičnim delima za koja je propisana kazna zatvora preko tri do pet godina, saglasnost daje vanpretresno veće.“

⁸ Ovde smo zadržali postojeću formulaciju „sud pred kojim se vodi glavni pretres“, jer mislimo da je ona dobra. Umesto toga, mogao se upotrebiti izraz „sudija pojedinac pred kojim se vodi glavni pretres“, ali bi tu mogao nastati problem u slučaju kasnijih (malo verovatnih) izmena zakonskih odredaba o brojnom sastavu suda, koje bi iziskivale i promenu ove odredbe.

4. Pravne praznine

U postupku za određivanje posebnih mera zaštite svedoka u krivičnom postupku, zakonodavcu su se potkrale izvesne pravne praznine u vezi sa pitanjem funkcionalne nadležnosti suda za: a) prijem zahteva za određivanje mera zaštite; b) odlučivanje o merama zaštite i v) odlučivanje po žalbi. Tako je npr. rečeno da se zahtev za određivanje mera zaštite predaje: istražnom sudiji u toku istrage, a nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, predsedniku veća. Rešenje o određivanju mera zaštite u toku istrage donosi istražni sudija, a nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, pretresno veće odnosno veće iz čl. 24. st. 6 ZKP, zavisno od toga da li je pretresno veće u zasedanju ili ne. O žalbi protiv rešenja o merama posebne zaštite u istrazi odlučuje veće iz čl. 24. st. 6, a nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, drugostepeni sud.

U vezi sa navedenim proceduralnim pitanjima ponavlja se jedna nelogičnost: pošto istražni sudija donosi rešenje o merama zaštite u toku istrage, a odgovarajuće veće nakon stupanja optužnice na pravnu snagu, to znači da je zakonodavac propustio da odredi ko donosi ovo rešenje u fazi stavljanja pod optužbu, koja traje od podizanja optužbe do njenog stupanja na pravnu snagu. Ovaj problem bi se mogao rešiti jednom malom ispravkom zakonskog teksta, tako što bi se u vezi sa istražnim sudijom brisale reči „u toku istrage.“ Time bi se funkcionalna nadležnost istražnog sudije protezala i posle završetka istrage, sve do stupanja na snagu optužnice.⁹ Drugi modus bi bilo razgraničenje nadležnosti između istražnog sudije i odgovarajućeg veća koje bi se vezivalo za momenat podizanja optužnice, a ne njenog stupanja na snagu. Sličan problem se javlja i kod određivanja funkcionalne nadležnosti suda za prijem zahteva za određivanje zaštite svedoka, kao i kod odlučivanja suda o žalbi protiv rešenja o merama zaštite.

5. Zaključak

Parcijalni pristup zakonskim promenama, bez neophodnog uvida u sadejstvo celokupnih njegovih odredaba, može rezultirati ne samo nesvrshodnim, nego i protivrečnim, nejasnim, nerazumljivim, a nekad i neprimenjivim zakonskim odredbama. U fokusu ovog rada su bile upravo takve zakonske odredbe koje su unete u Zakonik o krivičnom postupku Srbije prilikom procesne reforme iz 2009. godine.

⁹ Takvo rešenje je predlagala S. Brkić: „Zaštita svedoka u krivičnom postupku“, Novi Sad, 2005, str. 235.

Pažljiva analiza problematičnih odredaba ZKP Srbije je pokazala da su neke odredbe apsolutno neprimenjive jer upućuju na primenu nepostojećih odredaba. Neke odredbe su potpuno protivrečne, pri čemu se ne može ponuditi univerzalan izlaz iz tog konflikta. Nekad se kolizija odredaba koje se međusobno isključuju može rešiti u korist odredbe koja ima obaveznu primenu u odnosu na fakultativnu primenu njoj protivrečne odredbe (npr. kolizija između odredaba o vođenju skraćenog postupka i postupka za kažnjavanje i izricanje uslovne osude od strane istražnog sudije). U drugim slučajevima problem možemo rešiti ciljnim tumačenjem (npr. neposredna optužnica oštećenog kao tužioca). U trećim slučajevima, kolizija odredaba se svodi na terminološki spor, ima se rešiti u korist opšte interpretativne zakonske odredbe i ne sme imati nikakve negativne praktične reperkusije po lice protiv koga se vodi krivični postupak. Najzad, protivrečnost nekih odredaba rešava se u korist one koja se neposredno odnosi na regulisanje određenog pitanja (nastavljanje prekinutog postupka po čl. 406. st. 1. ZKP).

Neke nejasne odredbe otvaraju široko polje za arbitrerno odlučivanje suda (zabrana sastajanja okrivljenog sa bliskim licima) i s toga bi ih nužno trebalo preformulisati. Neke nejasne odredbe bi takođe zahtevale intervenciju zakonodavca, kao što je to slučaj sa čl. 236. st. 6. i 7, s jedne strane i čl. 237. s druge strane.

U budućim procesnim reformama moralo bi se više pažnje posvetiti jasnim, neprotivrečnim i odredbama koje će se moći primenjivati.

*Snežana Brkić, Ph.D., Associate Professor
Faculty of Law Novi Sad*

About Some Inapplicable, Contradictory and Unclear Provisions in Code of Criminal Procedure of Serbia After Procedural Reform in 2009.

Abstract

This article is dedicated to the new provisions in Code of Criminal Procedure in Serbia, which went into effect in 2009. The article presents critical comments of some inapplicable, contradictory and unclear provisions. The paper is separated in four parts: 1) reference to another nonexistence provisions; 2) contradictory provisions; 3) unclear provisions and 4) gaps in the law. Therefore, the author interprets those confused regulations and suggests the improvement of legal text.

Key words: Code of Criminal Procedure, contradictory provisions, unclear provisions, inapplicable provisions, summary trial, punishment by investigative judge, direct indictment, delay of trial, suspect, opportunity