

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

USTAV SRBIJE IZ 2006. GODINE I NAGOVEŠTAJ NOVIH AKUZATORSKIH ELEMENATA U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: U radu se ukazuje na potrebu usaglašavanja našeg krivičnog procesnog zakonodavstva sa odredbom Ustava Srbije iz 2006, koja uvodi režim unakrsnog ispitivanja svedoka. Prikazane su razlike između kontinentalnog i angloameričkog modela saslušanja svedoka. Zatim je ukazano na zakonske izmene koje će biti neophodne, kao i na jedan broj dilema, koje se pri tom mogu postaviti. Pri tome se ne spori mogućnost da sve to ima za posledicu jačanje i drugih akuzatorskih elemenata u našem pravu.

Ključne reči: Ustav, unakrsno ispitivanje, svedok, akuzatorski elementi.

I

Novi Ustav Srbije proglašen je 8. novembra 2006. godine (Sl. gl. RS 46/2006). Prema čl. 15. Ustavnog zakona za sprovođenje Ustava (Sl. gl. RS 98/2006), svi zakoni koji nisu u skladu sa novim Ustavom treba da budu usklađeni sa njim do 31. decembra 2008. godine. Usaglašavanje sa Ustavom našeg krivično procesnog zakonodavstva, predstavlja malo složeniji problem zbog činjenice da su trenutno na snazi dva Zakonika o krivičnom postupku, od kojih se jedan u celosti primenjuje (ZKP iz 2001. godine), a drugi (ZKP iz 2006. godine) samo delimično (čl. 107; čl. 110; čl. 117 – 122; čl. 333 – 335). Ovakva situacija je posledica jedne nove mode u našoj normativnoj tehnici, koja sasvim neopravdano razlikuje stupanje na snagu zakona od početka njegove primene. Tako je ZKP iz

2006. godine stupio na snagu osmog dana od dana objavljivanja, ali je početak njegove primene dva puta odlagan: najpre do 01. 06. 2007, a potom do 31.12.2008. godine. Kuriozitet je da je novi ZKP iz 2006. donet neposredno pre usvajanja novog Ustava Srbije, a da se početak njegove primene poklapa sa poslednjim rokom za usaglašavanje sa Ustavom.

Iako bi u ovakvoj situaciji bilo logično da treba pristupiti usaglašavanju novog ZKP iz 2006. godine sa Ustavom, mnogo argumenata govori u prilog suprotnog rešenja. Naime, ZKP iz 2006. godine je ishitreno donet, bez neophodne prethodne javne rasprave, bez temeljnog proučavanja i empirijskog istraživanja nekih ustanova, tako da je ubrzo postao predmetom oštrih kritika u naučnoj i stručnoj javnosti. Odlaganje njegove primene zvanično je obrazloženo nepripremljenošću kadrovskih, tehničkih, finansijskih i drugih uslova za njegovo sprovođenje u život. Međutim, ne radi se samo o nespremnosti državnih organa da preuzmu novu ulogu, već o brojnim njegovim rešenjima koja su neprincipijelna i neprihvatljiva. U prilog tome govori i samokritičnost samog predlagača tog zakona, koji je ubrzo pripremio predlog njegovih opsežnih izmena i dopuna, koje, sticajem okolnosti, nikada nisu došle na dnevni red Narodne skupštine. Zbog svega navedenog, u naučnim i stručnim krugovima je preovladala teza da treba pristupiti usaglašavanju sa novim Ustavom ZKP iz 2001. godine.

II

Na ovom mestu nećemo se baviti svim odredbama od značaja za krivično procesno zakonodavstvo koje reguliše novi Ustav, već samo jednim novim pravom okrivljenog, koje raniji naši ustavi nisu poznavali: pravom na pravično suđenje. Tačnije, u fokusu naše pažnje biće samo jedan segment tog prava, postuliran u čl. 33. stav 5. Ustava: „Svako kome se sudi za krivično delo ima pravo da sam ili preko branioca iznosi dokaze u svoju korist, ispituje svedoke optužbe i da zahteva da se, pod istim uslovima kao svedoci optužbe i u njegovom prisustvu, ispitaju i svedoci odbrane“. Iako je očigledno da su uzor ovim ustavnim odredbama bile odgovarajuće odredbe Evropske konvencije o osnovnim pravima i slobodama, među njima nema apsolutne podudarnosti. Naime, pomenuto pravo okrivljenog je u čl. 6. stav 3. d) Evropske konvencije formulisano na nekoliko drugačiji način: svako ko je optužen za krivično delo ima pravo „da ispituje ili da postigne da se ispitaju svedoci protiv njega i da se obezbedi prisustvo i saslušanje svedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za one koji svedoče protiv njega“. Ovaj segment prava na pravično suđenje odraz je načela kontradiktornosti u krivičnom postupku i podrazume-

va da svako ko je stranka mora imati odgovarajuću mogućnost da izloži svoj slučaj pred sudom pod uslovima koji ga ne stavljaju u suštinski nepovoljniji položaj u odnosu na njegovog protivnika. Iz formulacije upotrebljene u Evropskoj konvenciji proizilazi da ona ravnopravno priznaje oba modela ispitivanja svedoka: angloamerički i evropsko kontinentalni. Prema prvom modelu svedoke ispituju stranke, a prema drugom sud. Naš Ustav je iz svog teksta izbacio ovu drugu mogućnost i praktično obavezao našeg zakonodavca da napusti tradicionalni metod saslušanja svedoka od strane suda i uvede novi sistem ispitivanja svedoka od strane samih stranaka. U tom pogledu sa novim Ustavom bi se morali usaglasiti i ZKP iz 2001. godine i ZKP iz 2006. godine, jer oba počivaju na evropsko kontinentalnom modelu saslušanja svedoka.¹

III

Evropskokontinentalni model saslušanja svedoka predstavlja svojevrsan relikv inkvizitorskog postupka u kome je vrhovna vrednost princip istraživanja materijalne istine a odgovornost za utvrđeno činjenično stanje leži na sudu. Zbog toga on ima aktivnu ulogu tokom celog postupka i mogućnost odlučivanja o nastupanju dokaza po službenoj dužnosti. Iako i u tom sistemu stranke imaju mogućnost predlaganja dokaza, oni ne obavezuju sud. On ih može odbiti, ali je dužan da razloge o tome položi u obrazloženju presude. U vezi sa nastupanjem dokaza važi princip procesne akvizicije, prema kome je irelevantno po čijoj inicijativi je dokaz unet u krivični postupak (po službenoj dužnosti, na predlog tužioca ili okrivljenog). Jednom unet u postupak, dokaz se odvaja od subjekta od kojeg je potekao i postaje akvizicija (tekovina) postupka. Na njega se u postupku svako može pozivati odnosno njime raspolagati. On može da bude upotrebljen u interesu okrivljenog, iako potiče od tužioca, i obrnuto. Stranka koja je dokaz unela u postupak ne može ga povući ili ga se odreći.² Saslušanje svedoka smatra se procesnom radnjom suda. Svedoka sasluša predsednik veća i ostali članovi veća, a stranke, branilac, oštećeni, zakonski zastupnici i punomoćnici mogu posle toga da im postavljaju pojedina pitanja neposredno, odnosno preko predsednika veća. Sam čin saslušanja svedoka sastoji se iz kombinacije spontanog i izazvanog iskaza. Sud najpre poziva svedoka da se izjasni o svemu što o kritičnom događaju zna, a potom mu radi proveravanja, dopune i razjašnjenja može postavljati dopunska pitanja.

¹ Videti npr. čl. 103. i čl. 331. ZKP iz 2001. godine; čl. 109. i čl. 356. ZKP iz 2006. godine

² M. Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2006, str. 252.

IV

Prema angloameričkom modelu, ispitivanje svedoka je procesna radnja stranaka a ne suda. To je relikv čisto optužnog načela, po kome sud nema aktivnu poziciju u postupku, već predstavlja pasivnog i neutralnog arbitra pred kojim se odvija „dvoboj“ ravnopravnih stranaka. Sud samo pazi na regularnost postupka i na kraju presuđuje. Dokazni postupak je u rukama stranaka u skladu sa principom podele tereta dokazivanja. Svedok u ovom sistemu nema mogućnost spontanog iskaza, već je izložen tzv. unakrsnom ispitivanju. Unakrsno ispitivanje počiva na podeli svedoka na svedoke optužbe i svedoke odbrane. Ono obuhvata glavno, unakrsno i dodatno ispitivanje. Glavno ili direktno ispitivanje (*examination in chief*) svedoka obavlja stranka koja se pozvala na njega. Zatim svedoka ispituje suprotna strana (unakrsno ispitivanje – *cross examination*), pa ponovo stranka koja ga je pozvala u postupak (*re-examination*). Režim unakrsnog ispitivanja je mnogo „agresivniji“ od kontinentalnog saslušanja svedoka. Naime, cilj glavnog ispitivanja je da svedok da iskaz o činjenicama koje idu u prilog njegove stranke. Cilj unakrsnog ispitivanja je izdejstvovanje od svedoka odgovora koji dovode u pitanje njegov prvobitan iskaz, a ponekad i izdejstvovanje odgovora u prilog vlastitih navoda. Ako protivstranka ne preduzme unakrsno ispitivanje, smatra se da priznaje tačnost svedočenja dobijenog glavnim ispitivanjem. Najzad, svrha dodatnog ispitivanja je da utvrdi pravi smisao odgovora koji je svedok dao prilikom unakrsnog ispitivanja. Suprotna stranka ima pravo da postavlja samo ona pitanja koja se odnose na pitanja koja je postavila stranka koja je pozvala svedoka. Dodatno ispitivanje se mora ograničiti na pitanja koja je postavila suprotna stranka prilikom unakrsnog ispitivanja. Sudija takođe može da postavlja pitanja svedoku u toku čitavog postupka ispitivanja, a najčešće to radi na kraju, nakon ispitivanja stranaka.

U pogledu glavnog ispitivanja važi nekoliko pravila: zabrana sugestivnih pitanja (*leading questions*),³ ograničenost mogućnosti „osvežavanja“ memorije svedoka čitanjem beležaka i zabrana unakrsnog ispitivanja vlastitog svedoka radi njegove diskreditacije. Težnja za ovim poslednjim se često javlja kod svedoka koji pred sudom počnu iskazivati na štetu stranke koja se na njih pozvala. U takvom slučaju, zastupnik te stranke ne

³ Iako se i na sugestivna pitanja može odgovoriti na razne načine, ona su tako postavljena da na vode na određenu vrstu odgovora. Tako npr. pitanje ne bi smelo da glasi: „Da li je tom prilikom padala kiša?“, već „Kakvo vreme je bilo tom prilikom?“. Sugestivna pitanja su zabranjena jer lažnom svedoku mogu staviti do znanja kakav odgovor se od njega očekuje, a istinitog svedoka mogu navesti da zbog nepažnje da pogrešan odgovor.

sme ih unakrsno ispitivati, jer bi to odugovlačilo postupak i ugrozilo integritet ličnosti svedoka.

I kod unakrsnog ispitivanja postoji nekoliko ograničenja: ne smeju se postavljati pitanja koja narušavaju čast i dostojanstvo svedoka, osim ako za to ne postoji valjan razlog – u tom slučaju sme se postaviti samo jedno pitanje; na suđenju za silovanje ili neko drugo krivično delo protiv polne slobode, odbrana ne sme, bez posebne dozvole sudije, postavljati pitanja žrtvi o njenim ranijim seksualnim iskustvima sa bilo kojim drugim licem, osim sa optuženim. Pošto je cilj unakrsnog ispitivanja proveravanje istinitosti svedokovih navoda iznesenih prilikom glavnog ispitivanja, angloameričko pravo dopušta protivstranci različite taktike ispitivanja u cilju razotkrivanja protivrečnosti i manjkavosti u iskazu, da se izazove sumnja u verodostojnost iskaza, pa čak i da se baci senka na ličnost svedoka (impeachment methods).⁴ U tom smislu, dopuštena su i sugestivna pitanja. Sugestivna pitanja su, međutim zabranjena prilikom dodatnog ispitivanja, jer je stranka vezana za predmet pitanja protivstranke prilikom unakrsnog ispitivanja.

V

Postavlja se pitanje dometa koje navedene ustavne odredbe moraju ili mogu imati na naše krivično procesno zakonodavstvo. Nesumnjivo da one rađaju neophodnost izmene jednog broja konkretnih zakonskih rešenja. Pre svega, moraće se izmeniti odredbe čl. 103. i čl. 331. ZKP iz 2001. godine, odnosno čl. 109. i čl. 356. ZKP iz 2006. godine, koje govore o tradicionalnom načinu saslušanja svedoka od strane suda. Umesto toga, moraće se promovisati režim unakrsnog ispitivanja svedoka.⁵ Zatim, do sada postojeća zabrana postavljanja sugestivnih pitanja prilikom saslušanja svedoka, moraće se vezati samo za glavno i dodatno, a ne i unakrsno ispitivanje, što je u duhu angloameričkog modela.

S druge strane, neke kategorije lica bi se morale izuzeti od režima unakrsnog ispitivanja zbog rizika sekundarne viktimizacije. Njih bi i dalje saslušavao sud i to na veoma obazriv način, a stranke im ne bi mogle neposredno postavljati pitanja, već samo preko predsednika veća. U tom pogledu imamo već izvestan napredak u našem zakonodavstvu, koje odnedavno poznaje kategoriju posebno osetljivih oštećenih ili svedoka. Takvi-

⁴ Videti primer naveden kod D. Krapca, *Engleski kazneni postupak*, Zagreb, 1995, str. 83.

⁵ Takav način ispitivanja već je počeo da hvata korena u kontinentalnim pravima (npr. u BiH i Italiji, a jedan kombinovani metod u Hrvatskoj).

ma se smatraju lica za koja organ koji vodi postupak utvrdi da su s obzirom na svoj uzrast, životno iskustvo, način života, pol, zdravstveno stanje, prirodu ili posledice krivičnog dela, odnosno druge okolnosti slučaja, posebno osetljivi i da bi saslušanje u prostorijama organa koji vodi postupak, moglo imati štetne posledice po njihovo fizičko ili psihičko stanje (čl. 110. ZKP iz 2006. godine). Takvim licima se već sada pitanja mogu postavljati samo preko organa koji vodi postupak, koji će se prema takvom oštećenom ili svedoku odnositi sa posebnom pažnjom, nastojeći da se izbegnu moguće štetne posledice krivičnog postupka po njegovu ličnost, telesno i duševno stanje. Njihovo saslušanje se može obaviti i uz pomoć psihologa, socijalnog radnika ili drugog stručnog lica, a moguće je i njihovo saslušanje upotrebom tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka. Takvo saslušanje se sprovodi bez prisustva stranaka i drugih učesnika postupka u prostoriji u kojoj se oštećeni ili svedok nalazi, tako da mu stranke, branilac i lica koja na to imaju pravo, pitanja postavljaju posredstvom organa koji vodi postupak, psihologa, pedagoga, socijalnog radnika ili drugog stručnog lica. Slične odredbe ima i Zakon o maloletnim učiniocima krivičnih dela i krivičnopravnoj zaštiti maloletnih lica u odnosu na maloletna lica kao oštećene u krivičnom postupku za određena krivična dela (čl. 152). Primarni cilj svedočenja putem video konferencijske veze je zaštita posebno osetljivih svedoka radi eliminisanja svih negativnih posledica atmosfere u sudnici koja bi mogla izazvati sekundarnu viktimizaciju žrtava. Njen sekundarni cilj je savladavanje prostornih prepreka, uključiv tu i pružanje međunarodne krivičnopravne pomoći. Protiv primene ove mere navodi se da tehnička veza ne može zameniti lični kontakt.⁶ Ipak, pogrešno je takve svedoke označavati kao virtuelne svedoke, jer oni stvarno postoje, samo nisu fizički prisutni. Po nekima, ova mera predstavlja odstupanje od načela neposrednosti.⁷ Smatramo da se njome samo fizički odstupa od načela neposrednosti, ali se ono u suštini poštuje, zahvaljujući tehničkoj vezi tokom suđenja. Očuvano je pravo na procesnu komunikaciju učesnika krivičnog postupka kakva je moguća i u uslovima fizičke prisutnosti svih lica u sudnici.

Iako naš zakonodavac do sada nije poznao režim unakrsnog ispitivanja, i tegobe koje on može imati za pojedine svedoke, u ovom kontekstu treba pomenuti odredbu čl. 107. ZKP iz 2006. godine, koja je već po-

⁶ Vid. H. Diemer, *Der Einsatz der Videotechnik in der Hauptverhandlung*, *Neue Juristische Wochenschrift* 23/99, s. 1668.

⁷ G. Krapf, *Audiovisuelle Zeugenvernehmung*, *Kriminalistik* 5/02, s. 309; M. Husels, *Videübertragungen von jugendlichen Zeugen in Missbrauchsprozessen – eine Bestandaufnahme und Überlegungen de lege ferenda*, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 7/1995, s. 243.

čela da se primenjuje danom njegovog stupanja na snagu. Radi se o listi pitanja koja je zabranjeno postavljati oštećenom ili svedoku, bilo zbog njihovog viktimizirajućeg karaktera, bilo zbog toga što se ne odnose neposredno na predmet krivičnog postupka.⁸ Naime, oštećenom ili svedoku zabranjeno je postavljati pitanja koja se odnose na njegov polni život i seksualne sklonosti, političko i ideološko opredeljenje, rasno, nacionalno i etničko poreklo, moralne kriterijume, druge isključivo lične i porodične okolnosti, osim izuzetno, ako su odgovori na takva pitanja neposredno i očigledno povezani sa potrebom razjašnjenja bitnih obeležja krivičnog dela koje je predmet postupka.

Ove izmene će sa svoje strane uticati na jačanje ili slabljenje nekih, do sada važećih procesnih načela. Tako će se načelo kontradiktornosti podići na jedan viši nivo i realizovati u punijem obimu nego do sada, zahvaljujući novoj inicijativi u rukama stranaka i jačanju njihove ravnopravnosti. Samim tim, to će doprineti boljem kvalitetu sudskih odluka.

S druge strane, ostaje otvoreno pitanje koliko će biti ograničena ovlašćenja suda, a time i načelo istraživanje materijalne istine. Naime, i pri režimu unakrsnog ispitivanja u savremenim adverzijalnim krivičnim postupcima, sud takođe može postavljati pitanja svedocima, ali on ne izbija u prvi plan. Takođe, smatra se da navedena odredba Evropske konvencije ne daje optuženom apsolutno pravo da poziva svedoke ili pravo da prisili sud da sasluša nekog određenog svedoka. Domaći zakoni mogu propisati uslove za prihvatanje svedoka i nadležne vlasti mogu odbiti dozvolu za pozivanje određenog svedoka ako se čini da svedočenje nije relevantno. Međutim, procedura pozivanja i saslušanja svedoka mora biti ista za optužbu kao i za odbranu i zahteva se jednakost strana.⁹ Inače, načelo istraživanja materijalne istine, koje se nekada smatralo vrhovnim procesnim načelom, i u kontinentalnim pravima trpi značajna ograničenja. Danas se sve češće smatra da ono nije vrhovni postulat krivičnog procesnog prava, i da treba da ustupi mesto jednom drugom principu, tačnije pravu okrivljenog na pravično suđenje.¹⁰ U vezi sa činjenicama čije bi utvrđivanje inicirao sam sud, postavlja se dilema kojim redosledom bi bila postavljena pitanja od strane pojedinih stranaka.

Navedena ustavna odredba bila bi i u funkciji jačanja načela neposrednosti na glavnom pretresu. Da bi izuzetno mogla poslužiti kao dokaz

⁸ Vid. M. Škulić, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, 2007. str. 385.

⁹ Nuala Mole, Catharina Harby, *Pravo na pravično suđenje, Vodič za primenu člana 6 Evropske konvencije o ljudskim pravima*, Beograd, 2003, str.131.

¹⁰ M. Grubač, op. cit., str. 257; D. Krapac, *Kazneno procesno pravo*, knjiga prva: *Institucije*, Zagreb, 2000, str. 83.

na glavnom pretresu, sva saslušanja svedoka pre glavnog pretresa morala bi se sprovesti pod istim uslovima, odnosno u prisustvu okrivljenog. U tom svetlu, već sada se pokazuju kao direktno protivustavne odredbe novog ZKP iz 2006. godine, koje omogućavaju upotrebu na glavnom pretresu dokaza iz prethodnog, pa čak i iz pretkrivičnog postupka, koji nisu dobijeni na opisani način.

Pošto režim unakrsnog ispitivanja počiva na podeli svedoka na svedoke optužbe i svedoke odbrane, svakako da bi se time potpuno derogiralo načelo procesne akvizicije.

Osim toga, pred našim procesnim zakonodavcem su još neke dileme: da li režim unakrsnog ispitivanja svedoka treba da važi i za veštake, budući da se oni u angloameričkom pravu tretiraju kao posebna vrsta stručnih svedoka. Pozitivan odgovor na ovo pitanje bi značajno izmenio sliku ovog dokaznog sredstva, koje prema važećem zakonodavstvu naređuje isključivo sud. Uprkos nedvosmislenosti te zakonske odredbe, u našoj sudskoj praksi bilo je pokušaja provlačenja i tzv. privatnih veštačenja i veštaka koje nije imenovao sud, što je bilo protivzakonito.

Dalje, moglo bi se postaviti i pitanje da li bi ovakvom režimu ispitivanja podlegao i okrivljeni. Podsetimo da on u našem pravu ne može imati položaj svedoka u vlastitoj stvari. Dakle, ako se na tom planu ništa ne bi izmenilo, prelazak na novi režim ne bi bio neophodan. U ovom kontekstu, treba ukazati i na neophodnost nekih terminoloških izmena. Podsetimo da je ZKP iz 1976. godine dosledno govorio o „ispitivanju“ okrivljenog, za razliku od „saslušanja“ svedoka, težeći time da ukaže na bitno drugačiju poziciju okrivljenog u krivičnom postupku koji je ne samo aktivni subjekt, nego i pasivno dokazno sredstvo. ZKP iz 2001. godine, usaglašavajući se sa Ustavom SRJ iz 1992., godine, menja ovu terminologiju, tako da pominje „saslušanje“ kako svedoka, tako i okrivljenog. Smatralo se da ta promena ima i suštinski značaj, jer je položaj procesnog učesnika koji se ispituje nepovoljniji od položaja onoga koji se sasluša. Izraz „saslušanje“ je više u skladu sa pravom okrivljenog da ne mora dati iskaz. U novoj situaciji, u kojoj bi režimu unakrsnog ispitivanja podlegao samo svedok, a ne i okrivljeni, bila bi potrebna izmena terminologije, ovog puta u obrnutom smeru: dakle, okrivljeni bi se i dalje „saslušavao“, a svedok „ispitivao“. Ako bi se, pak, okrivljenom omogućilo da svedoči u sopstvenoj stvari, za njega bi ponovo vezali termin „ispitivanje“.

Naglašena aktivnost stranaka mogla bi imati za posledicu i preispitivanje postojećih odredaba o formalnoj odbrani okrivljenog. Suštinski pomak na bolje okrivljenog koji sam ispituje svedoke i deli teret dokazivanja sa tužiocem, teško je zamisliti bez angažovanja stručnog pomagača.

Zato bi trebalo očekivati širenje obavezne odbrane, kao i odbrane siromašnih.

Pored toga što će navedena ustavna odredba zahtevati usaglašavanje našeg procesnog zakonodavstva u navedenom smislu, pretpostavljam da bi ona mogla imati i jedan dalekosežniji značaj. Ona bi mogla predstavljati svojevrsan podsticaj našem zakonodavcu da prihvati i neke druga obeležja akuzatorstva, koja potiču iz angloameričkog prava i u poslednje vreme pokazuju snažnu tendenciju probijanja i u evropskokontinentalne sisteme (npr. sporazumevanje o krivici, kontradiktorno ročište za odlučivanje o pritvoru, itd).

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

Constitution of Serbia from 2006. and announcement the new accusatorial elements in criminal procedure

Abstract

This paper considers the need of the harmonization of the criminal procedure legislation with the new Constitution of Serbia, which introduces the method of cross-examination of witnesses. Author describes the differences between continental and anglosaxon model of witness hearing. Afterwards, he points to legal changes which are necessary, and also to some dilemmas. That cannot be denied the possibility that all of that results in strengthen of other accusatorial elements in our legislature.