

*Др Снежана С. Бркић, редовни професор  
Универзитет у Новом Саду  
Правни факултет у Новом Саду*

## НЕУСКЛАЂЕНОСТ ЗАКОНИКА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ ИЗ 2011. ГОДИНЕ СА ДРУГИМ ПРОПИСИМА<sup>1</sup>

**Сажетак:** У раду се указује на неусклађеност новог ЗКП из 2011. године са другим прописима у нашем правном систему: са Уставом, праксом Европског суда за људска права, Кривичним закоником, Законом о јавном тужилаштву, Законом о полицији, Законом о облигационим односима. С друге стране, наводе се закони који још нису терминолошки или суштински усклађени са новим ЗКП. Све то нарушава хармонију нашег правног система и захтева промене ЗКП.

**Кључне речи:** Законик о кривичном поступку, Устав, Кривични законик, Закон о јавном тужилаштву

Нови Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године<sup>2</sup> усвојен је 26. септембра 2011. године, ступио је на снагу 6. октобра 2011. године и почео да се примењује пред свим судовима у земљи 1. октобра 2013. године. Тај законик је до сада био предмет оштрих критика наше стручне и научне јавности. У њему има неколико концепцијских грешака, доста нејасноћа, непотребних и погрешних дефиниција, контрадикторних одредаба, итд. Ми ћемо се у овом раду бавити само оним његовим одредбама које нису у сагласности са другим нашим прописима. Наиме, правни систем једне земље треба да представља једну складну, непротивречну и заокружену целину, о чему треба водити рачуна приликом доношења или измене сваког појединог прописа. Нови ЗКП из 2011. године је на више места пореметио хармонију нашег правног система. С друге стране, измене процесног законика условиле су потребу усклађивања неких других прописа са ЗКП, што до данас није учињено.

<sup>1</sup> Рад је посвећен пројекту „Теоријски и практични проблеми стварања и примене права (Европска унија и Србија)“, који финансира Правни факултет у Новом Саду.

<sup>2</sup> ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13.

## 1. НЕУСКЛАЂЕНОСТ ЗКП СА УСТАВОМ РС

Овај преглед започећемо сучељавањем текста новог ЗКП са Уставом РС из 2006. године.<sup>3</sup> Према чл. 194, ст. 2 Устава, сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом, о чему је надлежан да одлучује Уставни суд.

1) Према члану 196, ставу 3 Устава, закони и други општи акти ступају на снагу најраније осмог дана од дана објављивања а могу да ступе на снагу и раније само ако за то постоје нарочито оправдани разлози, утврђени приликом њиховог доношења. Када су у питању кривичнопроцесни закони, нормално је да *vacatio legis* буде знатно дужи и да се не мери данима, већ месецима, а некад и годинама. То је потребно да би се грађани и органи кривичног правосуђа упознали са садржином једног тако комплексног закона, као и да би се обезбедили материјални, кадровски и технички услови за његову примену. Међутим, треба имати у виду да се у новије време у неким нашим законима прави разлика између њиховог ступања на снагу и почетка примене. Тако је прелазним и завршним одредбама новог ЗКП из 2011. године одређено да он ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у Службеном гласнику РС, али се почетак његове примене одлаже до 15. јануара 2013. године. Тај рок је касније пролонгиран до 1. октобра 2013. године. Није спорна дужина овог временског периода, већ је дискутабилан правотехнички начин на који је та идеја изражена. Поставља се питање зашто није једноставно речено да се тај законик примењује од ступања на снагу 1. октобра 2013. године. До сада је било уобичајено да коегзистирају два закона из исте материје, али се знало да нису оба истовремено на снази. Доношењем новог ЗКП нашли смо се у чудној ситуацији у којој су и стари и нови законик били на снази, али се само један од њих примењивао, што је могло довести до конфузије. Питамо се шта значи израз ступање на снагу: ако он више не означава могућност ефективне примене закона, онда је то празна фраза. Наведено разликовање два момента (момента ступања на снагу и момента почетка примене општег акта) последица је погрешног схватања уставних одредаба о ступању на снагу општих аката.

2) Куриозитет представља и чињеница да се нови ЗКП најпре почео примењивати у поступцима за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности (15. јануара 2012. године), док је његова примена у свим осталим случајевима одложена до 1. октобра 2013. године. Тако су се у периоду од непуне две године паралелно примењивала два ЗКП (стари и нови), што је доводило до нејед-

---

<sup>3</sup> Службени гласник РС, бр. 98/2006.

наког третмана окривљених лица кривично гоњених од стране различитих јавних тужилаштава. Овде имамо у виду само један сегмент шире идеје једнакости - правну једнакост (једнакост грађана пред законом), коју везујемо искључиво за процес стварања, а не и примене закона. Наиме, логички захтев за једнаком или коректном применом закона садржан је у самом његовом појму, па се његова неједнака примена има сматрати повредом самог закона, а не повредом начела једнакости.<sup>4</sup> Ако се, дакле, једнакост при примени закона сама по себи разуме, онда начело једнакости добија пун смисао тек онда када важи и за законодавца. Покушај одгонетања тако схваћеног начела једнакости навешће нас на закључак о његовој релативности. Правна једнакост, као дедукција опште идеје једнакости, подразумева такав однос у коме су две стране једнаке, с обзиром на исти одредбени разлог. По свему судећи, теорији до данас није пошло за руком да на неспоран начин определи, па чак и само уочи све битне елементе тог односа.<sup>5</sup> Наиме, дух једнакости лежи у оном мерилу које мора бити једнако за све и које је основ забране дискриминације или привилеговања неких субјеката. У потрази за тим мерилом наћи ћемо се на размеђи између два схватања: умереног, које истиче личну једнакост, одбацујући разлике у правима и дужностима појединаца с обзиром на њихово порекло и припадност социјалној групи и другог, ширег, коме је примарна стварна једнакост, чија се мерила налазе у објективним друштвеним вредностима.<sup>6</sup> Но, било којим путем да кренемо, садржина начела једнакости се не може унапред и једном за свагда одредити.<sup>7</sup> Проблем је у томе што је неједнакост елементарна чињеница, која се не може сасвим заобићи. Свака једнакост је то само са одређеног аспекта, а неједнакост у свим осталим погледима. Формално поимање једнакости иде за императивом једнаког поступања, губећи при томе из вида да његово апсолутно остварење, у стварно неједнаким условима, води стварној неједнакости. Стварна једнакост подразумева једнако поступање с једнаким, а неједнако са неједнаким чињеницама. “Једнакост чињеница треба да се узме као дата већ у оном случају,

<sup>4</sup> S. O: Welding, “Die normativen Grundlagen des Gleichheitsprinzips”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 1/1986, 53.

<sup>5</sup> Вид. Снежана Циглер, “О неким аспектима правне једнакости”, научни скуп *Ђорђе Тасић и права човека*, децембар 1992, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 88.

<sup>6</sup> Ђорђе Тасић, “О начелу једнакости грађана пред законом”, *Архив за правне и друштвене науке* 6/1930, 337-346.

<sup>7</sup> С тога га Тасић назива начелом које постаје, тј. које се према искуству налази и попуњује у току времена и остаје увек отворено питање (*Ibid.*, 427). Крбек говори о његовој трансформацији од индивидуалистичко-либералистичког ка универзалистичко-демократском појму, од субјективног права ка објективном правном начелу (Иво Крбек, “*Дискрециона оцјена*”, Загреб 1937, 333-335).

када се у стварним односима не садржи ниједно обележје које би изгледало довољно значајно, да би се могло оправдати једно друкчије регулисање. На ово питање се, пак, добија одговор из основних идеја садржаних у правном поретку, прво у уставу али такође и у неписаним народним назорима и на послетку у непроменљивим основним идејама самог правног поретка као израз идеје правичности.”<sup>8</sup> Свођење начела једнакости на захтев за разумношћу произлази и из уставне праксе неких земаља, која из постулата једнакости изводи забрану самовоље, санкционишући, ипак само оне неједнакости које су учињене на неразуман начин.<sup>9</sup>

По неким, иза једнакости стоји захтев за стручношћу законских решења. Законодавац вређа начело једнакости, ако оно што је стварно исто неједнако третира, или обрнуто, не могући то стручно да образложи.<sup>10</sup> То другим речима значи да се круг лица подвргнут неком закону или подручје његовог важења не сме безразложно и неосновано утврдити.<sup>11</sup> По нашем мишљењу, различито одређивање момента почетка примене ЗКП у односу на окривљене које гоне различита јавна тужилаштва повређено је начело једнакости грађана пред законом.

3) Чл. 2, ст. 1, тач. 6 ЗКП даје дефиницију јавног тужиоца: ту спадају Републички јавни тужилац, апелациони јавни тужилац, виши јавни тужиоц, основни јавни тужилац, јавни тужилац посебне надлежности, заменици јавних тужилаца и лица која су законом овлашћена да их замењују. Та одредба је прецизирана у чл. 48, ст. 1 ЗКП, по коме јавни тужилац предузима радње у поступку непосредно или преко свог заменика, а у поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година и преко тужилачког сарадника, односно у поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора до осам година и преко вишег тужилачког сарадника. Ова одредба нашла се у законику због потребе да се ојача кадровски састав јавног тужилаштва, које са досадашњим персоналним саставом очигледно неће моћи да обезбеди вршење новодобијених функција према новом ЗКП, како у фази истраге, тако и на главном претресу. Подсећамо да је према новом ЗКП уместо досадашње судске, уведена јавнотужилачка истрага и да је читав доказни поступак у главном стадијуму поверен странкама, односно њиховој доказној иницијативи. У рукама странака је и само

---

<sup>8</sup> Aldag, *“Die Gleichheit vor dem Gesetz in der Reichsverfassung”*, 1905, 51; нав. према Ђ. Тасић, 341.

<sup>9</sup> Тако нпр., швајцарски Савезни суд, који је потврђивао могућност привилеговања, заснованих на озбиљним разлозима или јавном интересу.

<sup>10</sup> Wilhelm Rosenzweig, *“Značenje osnovnih prava”*, национални реферат за Аустрију на IV Конференцији европских уставних судова одржаној у Бечу 1978, Београд 1979, 96.

<sup>11</sup> S. O. Welding, 56.

извођење доказа, тј. тзв. унакрсно испитивање сведока и вештака. У новим условима, носиоци јавнотужилачке функције физички не могу да издрже терет свих нових обавеза, што намеће потребу повећања њиховог бројног састава. Међутим, такав потез би био у супротности са новим мерама економске политике, које налажу обустављање запошљавања нових лица у јавном сектору. Због свега наведеног и не чуди нас поменута одредба чл. 48, ст. 1 ЗКП. Међутим, морамо констатовати да је та одредба у супротности са чл. 159, ст. 4 Устава. Наиме, Устав предвиђа да функцију јавног тужилаштва врши јавни тужилац. Јавног тужиоца при вршењу тужилачке функције може заменити само заменик јавног тужиоца, који је дужан да поступа по упутствима јавног тужиоца. Дакле, Устав лимитира круг лица која врше јавнотужилачку функцију на јавне тужиоце и њихове заменике, не помињући при том категорију тужилачких сарадника.

4) На главном претресу, за разлику од истраге, треба да дође до пуног изражаја начело непосредности. То начело повезује радње доказивања и радње одлучивања преко истих субјеката. Другим речима, оно захтева да суд који доноси одлуку на крају кривичног поступка буде у истом саставу као суд који је учествовао у доказном поступку. Да би судија могао успешно да оцени доказе и донесе правилну одлуку, треба му омогућити да присуствује извођењу доказа и да том приликом прима и непосредне чулне утиске о исказима оптуженог, сведока и вештака. Главни претрес се и води с циљем да се на њему непосредно изведу докази и на њима заснује одлука о основаности тужиоачевог захтева. Међутим, савремена права познају бројне изузетке од овог начела, у циљу повећања ефикасности кривичног поступка. Такве изузетке познаје и наше право. Иако се одредбе о посредном извођењу доказа на главном претресу нису битно измениле у односу на ЗКП из 2001. године, новим законом постигнути су ефекти савсим супротни од прокламованог циља. Један од аргумената приликом увођења јавнотужилачке истраге била је и потреба да се потенцира начело непосредности на главном претресу. Међутим, тај циљ није постигнут. Наиме, једно од одступања од непосредног извођења доказа представља и упознавање са садржином записника о раније спроведеним доказним радњама. То, нпр. може да се деси ако су странке сагласне, као и ако сведок или вештак без законског разлога неће да да исказ на главном претресу (чл. 406 ЗКП). Проблем је у томе што из нових законских одредаба произлази да се упознавање са садржином записника односи и на записнике са исказима сведока и вештака испитаних у истрази, што значи да су несудски докази потпуно изједначени са судским доказима. Тиме се фаворизује само једна странка - јавни тужилац, коме се омогућава да посредно уведе у поступак доказе које је сам извео у истрази на неконтрадикторан начин

(некад и без присуства осумњиченог). При томе ништа не мења на ствари чињеница што су те доказне радње у истрази предузете према одредбама ЗКП: то су несудске радње предузете на неконтрадикторан начин, са циљем прикупљања доказа и података који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак. Због тога није логично да се на таквим радњама заснива судска пресуда. Осим тога, треба имати у виду да према чл. 32, ст. 1 Устава РС и чл. 6 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода<sup>12</sup> окривљени има право да му суди независни и непристрасни суд. Ако се суђење састоји у утврђивању чињеница и примене права на утврђено чињенично стање, онда сви докази којима се утврђује чињенично стање морају бити изведени пред судећим судом у контрадикторном и непосредном поступку. Осим тога, и Устав и Европска конвенција гарантују окривљеном право да се пред судом суочи са сведоцима оптужбе, тј. да их сам испита, односно да их у његовом присуству испита судећи суд. Наведене захтеве важећи ЗКП не испуњава, па би се у том смислу могла оспоравати и његова уставност. Једини легитимни пут којим би се одређене доказне радње изведене у истрази могле пробити на главни претрес и представљати основу за доношење судске пресуде би био онај пут који би водио преко судије за претходни поступак. Само онда када би тзв. непоновљиве доказне радње у истрази изводио на посебном доказном рочишту судија за претходни поступак, а не јавни тужилац, те радње би се могле посебно користити на главном претресу. Иако такву могућност редовно предвиђају законодавства са тужилачким моделом истраге, таква одредба није предвиђена у нашем новом ЗКП.

5) Већ је речено да је јавно тужилаштво према новом ЗКП преузело и нову улогу. На њега је пренета истражна функција, која се до сада налазила у рукама истражног судије. Питање је, међутим, колико ће јавно тужилаштво бити у стању да објективно врши наведену функцију, пошто он није независан орган, као што је то суд. Наиме, према чл. 159 Устава, јавног тужиоца бира Народна скупштина, на предлог Владе. Оба ова органа конституишу се на политичкој основи, чиме је доведена у питање независност јавног тужиоца. Ако се при том има у виду да је мандат јавног тужиоца ограничен на шест година, није тешко замислити у каквој деликатној ситуацији ће се наћи јавни тужилац који зна да његова даља судбина, односно реизбор зависи од одлука политичких тела. Ништа боља ситуација није ни са заменицима јавног тужиоца. Њих бира Народна скупштина, на предлог Државног већа тужилаца, када се први пут бирају на ту функцију.

---

<sup>12</sup> У даљем тексту: Европска конвенција (*Службени листи СЦГ - Међународни уговори*, бр. 9/03, 5/05, 7/05).

После истека трогодишњег мандата, заменике јавног тужиоца бира Државно веће тужилаца за трајно обављање функције. Иако је Државно веће тужилаца орган који треба да обезбеђује самосталност јавних тужилаца и њихових заменика, оно практично представља орган Народне скупштине. Наиме, од укупно 11 чланова, на чак девет њих непосредан утицај врши Народна скупштина: она бира осам изборних чланова а девети члан је председник надлежног одбора Народне скупштине, који у састав Државног већа тужилаца улази по положају (чл. 164 Устава). Иако се овде не ради о формалноправној несагласности ЗКП са Уставом, законодавац није водио рачуна о легитимности, као једном од критеријума за успостављање рационалног правног система. Јавно тужилаштво се према Уставу потчињава извршној власти, а нови ЗКП преноси на њега овлашћења независног судског органа.

6) Према чл. 486, ст. 2 ЗКП, о захтеву за заштиту законитости који је поднет због повреде закона, Врховни касациони суд одлучује само ако сматра да је реч о питању од значаја за правилну или уједначену примену права. Ако суд констатује да је у питању таква повреда права, он ће у седници већа решењем одбацити захтев за заштиту законитости. Он ће тако поступити и ако је повреда учињена на штету оптуженог, што се коси са досадашњом праксом Републичког јавног тужиоца, који је овим правним леком увек реаговао на повреде закона учињене на штету оптуженог. Осим тога, поменута одредба је у супротности са одредбом чл. 145, ст. 2 Устава, према којој судске одлуке морају бити засноване на закону. Због овог новог законског решења, неки аутори указују и на неадекватности назива овог ванредног правног лека, коме би, с обзиром на наведено решење, пре одговарао назив захтев или предлог за уједначавање и правилну примену закона.<sup>13</sup>

7) Према чл. 32, ст. 3 Устава, јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку, у складу са законом. Међутим, чл. 363 ЗКП помиње још и друге оправдане интересе у демократском друштву, као разлог за искључење јавности. Та одредба није у складу са Уставом, али јесте у складу са Европском конвенцијом. Овде треба имати у виду одредбе чл. 194, ст. 3 и 5 Устава, према којима сви закони и општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом. Али, с друге стране закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са

<sup>13</sup> Милан Шкулић, Горан Илић, *“Реформа у сџилу“ један корак напред - два корака назад*, Београд 2012, 149.

потврђеним међународним уговорима и општеприхваћеним правилима међународног права. Остаје дилема да ли у оваквим случајевима треба дати примат Уставу или потврђеним међународним уговорима.

Није у складу са Уставом ни одредба чл. 366 ЗКП, према којој јавност може бити искључена и приликом испитивања окривљеног или осуђеног сарадника са којима је јавни тужилац склопио споразум о сведочењу.

8) Према чл. 50, ст. 1, тач. 3 ЗКП, оштећени има право да ангажује пуномоћника из реда адвоката. Према ЗКП из 2001. године, пуномоћник оштећеног није морао да буде адвокат. Ова законска новина је сигурно инспирисана потребом да се побољша квалитет судског поступка, учешћем у њему квалификованог стручног лица. Међутим, нисмо сигурни да ли је та одредба у складу са основним уставним принципима на којима се темељи правни поредак. Овом одредбом одузима се право свакоме на слободу воље и на слободу избора ко ће га заступати. Према чл. 21, ст. 1. Устава, свако има право на једнаку заштиту, без дискриминације. Према чл. 67 Устава, свакоме се под условима одређеним законом, јемчи право на правну помоћ. Правну помоћ пружа адвокатура као самостална и независна служба и службе правне помоћи, које се оснивају у јединицама локалне самоуправе, у складу са законом. Законом се одређује када је правна помоћ бесплатна. Како закон којим би се уредило питање бесплатне правне помоћи још није донет, поменутом одредбом ЗКП ограничено је право оштећеног на слободан приступ суду, што је држава дужна ефективно да обезбеди. У прилог оваквом начину размишљања говори и одлука Уставног суда Србије, којом је својевремено проглашена противуставном одредба чл. 85, ст. 1 Закона о парничном поступку, која је налагала да странке у парници могу иступати лично или преко пуномоћника који мора бити адвокат.<sup>14</sup>

## 2. НЕУСКЛАЂЕНОСТ ЗКП СА ПРАКСОМ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Након ратификације Европске конвенције, наша судска пракса би требало да води рачуна и о пракси Европског суда за људска права. У овом контексту поменућемо само неке примере из те праксе, који указују на неусклађеност са њом нашег ЗКП.

1) Према чл. 76, ст. 1. ЗКП, ако у случајевима обавезне одбране бранилац не буде изабран или у току кривичног поступка окривљени остане без браниоца или ако се ради о обавезном браниоцу саокривљеног који се

---

<sup>14</sup> УЗ - 51/2012 од 23. маја 2013. (*Службени гласник РС*, бр. 49/13).



у истом предмету терети за исто кривично дело<sup>15</sup>, па не дође до споразума са саокривљенима о браниоцу или се не изабере други бранилац, јавни тужилац или председник суда пред којим се води поступак ће му за даљи ток поступка решењем поставити браниоца по службеној дужности, по редоследу са списка адвоката који доставља надлежна адвокатска комора. Могла би се довести у питање легитимност оног дела наведене одредбе, по којем браниоца по службеној дужности, окривљеном у неким случајевима поставља јавни тужилац, који је њему супротна странка. Осим тога, такво решење се не слаже ни са праксом Европског суда за људска права.<sup>16</sup>

2) Према чл. 211, ст. 1, тач. 4 ЗКП, против лица за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело притвор се може одредити и ако је за кривично дело које му се ставља на терет прописана казна затвора преко десет година, односно казна затвора преко пет година за кривично дело са елементима насиља или му је пресудом првостепеног суда изречена казна затвора од пет година или тежа казна, а начин извршења или тежина последице кривичног дела су довели до узнемирења јавности које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка. Овај притворски основ у пракси се може лако изобличити у притвор који се одређује само због тежине кривичног дела, што не би било у складу са чл. 5 Европске конвенције.<sup>17</sup>

3) Према чл. 212 ЗКП, пре доношења решења о одређивању притвора, суд ће саслушати окривљеног о разлозима за одређивање притвора. Саслушању могу да присуствују јавни тужилац и бранилац. Штета је што ови елементи контрадикторности нису предвиђени и у поступку продужења и укидања притвора, како то налаже пракса Европског суда за људска права.

4) Постојање могућности тајног надзора комуникација као посебне доказне радње, отвара и питање доказне прихватљивости листинга телефонских разговора. До ЗКП из 2011. године то питање није било изричито регулисано у нашем процесном законодавству. Наша судска пракса је углавном била на становишту да коришћење листинга телефонских позива без одлуке суда не представља недозвољени доказ на коме се не би могла заснивати пресуда, јер се листинг није подводио под тадашњу посебну меру надзора и снимања телефонских разговора.<sup>18</sup> У складу са таквом праксом је била и првобитна одредба члана 286, става 3 ЗКП из 2011. године. Према тој одредби, у циљу испуњења својих дужности у предистражном поступку, полиција је могла по налогу јавног тужиоца

<sup>15</sup> Осим ако орган поступка закључи да то не би штетило интересима одбране.

<sup>16</sup> Вид. *Aerts v. Belgija*, бр. 25357/94 од 30. јула 1998.

<sup>17</sup> Тако, Момчило Грубач, "Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године", *Правни зајиси* 2/2011, 484.

<sup>18</sup> ВСС, Кж1. Бр. 1274/04 од 23.9.2004. године.

прибавити евиденцију остварене телефонске комуникације, коришћених базних станица или извршити лоцирање места са којег се обавља комуникација. Међутим, након последњих измена и допуна ЗКП,<sup>19</sup> овлашћење за прибављање таквих евиденција је у рукама судије за претходни поступак, на предлог јавног тужиоца. Ова измена је била оправдана, јер подаци о томе с ким неко лице комуницира и у којим интервалима, представљају податке обухваћене правом на заштиту приватног живота и преписке (чл. 8, ст. 1 Европске конвенције). О ограничењу таквих права треба да одлучује судија за претходни поступак. Иако наш законодавац није ничим ограничио примену ове мере, требало би је користити рестриктивно, односно процењујући да ли је њена примена неопходна у демократском друштву и да ли, имајући у виду значај кривичног дела о којем је реч, може бити сматрана оправданом. Наиме, управо такви критеријуми за оцену основаности примене ове мере су се искристалисали у досадашњој пракси Европског суда за људска права.<sup>20</sup>

### 3. НЕУСКЛАЂЕНОСТ ЗКП СА КРИВИЧНИМ ЗАКОНИКОМ<sup>21</sup>

1) Према чл. 6 ЗКП, јавни тужилац је дужан да предузме кривично гоњење када постоје основи сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело за које се гони по службеној дужности (начело легалитета, односно законитости кривичног гоњења). Како је у чл. 14 Кривичног законика усвојен објективно-субјективни појам кривичног дела,<sup>22</sup> то значи да су начелом легалитета кривичног гоњења обухваћени само они случајеви који се потпуно поклапају са дефиницијом кривичног дела датом у кривичном материјалном праву. Дакле, то дело мора бити и скривљено. Међутим, такав закључак не произлази из одредбе чл. 522 ЗКП, која обавезује јавног тужиоца да у случају противправног дела које је у закону одређено као кривично а учињено је у стању неурачунљивости, поднесе суду предлог да окривљеном изрекне меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, односно предлог за обавезно психијатријско лечење на слободи, ако су испуњени услови предвиђени Кривичним закоником. Да би се

---

<sup>19</sup> *Службени гласник РС*, бр. 55/14.

<sup>20</sup> Видети Горан П. Илић и други, “Коментар Законика о кривичном поступку”, Београд 2012, 613, фн. 88.

<sup>21</sup> У даљем тексту: КЗ (*Службени гласник РС*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13).

<sup>22</sup> Кривично дело је оно дело које је законом предвиђено као кривично дело, које је противправно и које је скривљено.

начело легалитета ускладило са Кривичним закоником, оно треба да обавезује јавног тужиоца и у случају противправног дела законом предвиђеног као кривичног дела.

2) Према чл. 284, ст. 1, тач. 1 ЗКП, јавни тужилац ће решењем одбацити кривичну пријаву ако из саме пријаве проистиче да пријављено дело није кривично дело за које се гони по службеној дужности. Из те формулације произлазило би да до одбацивања кривичне пријаве долази и у случају постојања околности које искључују кривицу. Према објективно-субјективном концепту кривичног дела усвојеном у Кривичном законнику, кривица је саставни елемент општег појма кривичног дела. Дакле, када недостаје субјективни елемент, нема ни кривичног дела. То би значило да би до одбацивања кривичне пријаве дошло и у случају неурачунљивости осумњиченог. По свему судећи, то ипак није била интенција законодавца, и то из два разлога. Прво, урачунљивост се претпоставља. Друго, та претпоставка се може обарати, а једино место где се то може учинити је кривични поступак. Овај проблем би се могао решити тако што би се и у овој одредби уместо термина кривично дело употребио израз противправно дело које је законом одређено као кривично, као што је то већ урађено у неким другим одредбама процесног законика.

3) Према чл. 131, ст. 1 ЗКП, одређивање психијатријског вештачења окривљеног везује се, између осталог, и за појаву сумње да је искључена или смањена урачунљивост окривљеног. Ова одредба је термилошки неусклађена са одредбама чл. 23 КЗ, које говоре о неурачунљивости и битно смањеној урачунљивости.

4) Према чл. 423, тач. 1 ЗКП, пресуда којом се оптужени ослобађа од оптужбе суд ће изрећи и ако дело за које је оптужен по закону није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности. *Argumentum a contrario* то значи да се ослобађајућа пресуда не доноси ако има услова за примену мере безбедности. То је супротно правилима кривичног материјалног права. Наиме, ако је у стању неурачунљивости учињено противправно дело законом одређено као кривично дело, онда нема кривице, а тиме ни кривичног дела, па би у том случају окривљени морао бити ослобођен.

5) Према чл. 428, ст. 10 ЗКП, ако је оптужени оглашен кривим, у образложењу ће се, између осталог, навести којим разлозима се суд руководио када је нашао да треба изрећи строжу казну од прописане. Ова одредба је такође супротна Кривичном законнику, јер он предвиђа могућност ублажавања казне и ослобођења од казне, али не и поштравање казне (као што је то некада био случај).

#### 4. НЕУСКЛАЂЕНОСТ ЗКП СА ЗАКОНОМ О ЈАВНОМ ТУЖИЛАШТВУ<sup>23</sup>

1) Већ је речено да је чл. 48 ЗКП у супротности са чл. 159, ст. 4 Устава, јер омогућава вршење јавнотужилачке функције и тужилачким сарадницима. Та одредба је истовремено у супротности са чл. 11 ЗЈТ, који такође јавнотужилачку функцију поверава само јавним тужиоцима и њиховим заменицима. У условима конкуренције ова два прописа, проблем се решава применом правила *lex specialis derogat legi generali*, тако да би у овом случају требало применити ЗЈТ.<sup>24</sup> Треба напоменути да је у складу са ЗЈТ и Правилник о управи у јавним тужилаштвима.<sup>25</sup>

2) Увођење тужилачких сарадника у круг лица која врше јавнотужилачку функцију проблематично је и са становишта примене других одредаба ЗЈТ. Тако нпр., ЗЈТ не предвиђа обавезно упутство тужилачком сараднику, већ само нижем тужиоцу и заменику јавног тужиоца, тако да у овом делу није до краја обезбеђена субординација у тужилаштву.

3) Строга хијерархијска организација и монократско уређење јавног тужилаштва (чл. 4 ЗЈТ) не одговарају новој улози јавног тужиоца у кривичном поступку. Тако, нпр. у условима када заменик јавног тужиоца води истрагу у конкретном случају, готово је немогуће обезбедити да сваки таквак предмет подлеже контроли јавног тужиоца.

4) Нови ЗКП познаје установу супсидијарног тужиоца, али се тај статус може добити тек после потврђивања оптужнице. Када јавни тужилац одбаци кривичну пријаву, обустави истрагу или одустане од кривичног гоњења пре потврђивања оптужнице, оштећени има право да поднесе приговор непосредно вишем јавном тужиоцу (чл. 51 ЗКП). Непосредно виши јавни тужилац ће у року од 15 дана од дана пријема приговора одбити или усвојити приговор решењем против којег није дозвољена жалба ни приговор. Решењем којим усваја приговор јавни тужилац ће издати обавезно упутство надлежном јавном тужиоцу да предузме, односно настави кривично гоњење. Чини нам се да ће овај облик унутрашње контроле јавног тужиоца бити неделотворан, с обзиром на то да је нижи јавни тужилац све време под надзором вишег јавног тужиоца.

5) Члан 51 ЗКП познаје и једну посебну врсту обавезног упутства: упутство надређеног јавног тужиоца нижем јавном тужиоцу да се предузме или настави кривично гоњење. ЗЈТ не познаје ту врсту обавезног упутства.

<sup>23</sup> У даљем тексту: ЗЈТ (*Службени гласник РС*, бр.116/08, 104/09, 101/10, 78/11, 101/11, 38/12, 121/12 и 101/13).

<sup>24</sup> Тако и М. Шкулић, Г. Илић, 135.

<sup>25</sup> *Службени гласник РС*, бр. 110/09, 87/10, 5/12.

## 5. НЕУСКЛАЂЕНОСТ ЗКП СА ДРУГИМ ЗАКОНИМА

1) Према чл. 526 ЗКП, ако суд на основу изведених доказа, утврди да је оптужени учинио одређено противправно дело које је у закону одређено као кривично дело и да је у време извршења дела био неурачунљив, решењем ће оптуженом изрећи меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, односно обавезног психијатријског лечења на слободи. У решењу којим је изрекао меру безбедности, суд ће под условима предвиђеним овим закоником одлучити и о имовинскоправном захтеву. Према чл. 258, ст. 3 ЗКП, у пресуди којом окривљеног оглашава кривим или решењу о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења, суд ће овлашћеном лицу досудити имовинскоправни захтев у целини или делимично, а за вишак упутити на парнични поступак.

Неспорно је да су субјекти имовинскоправног односа лице које поставља имовинскоправни захтев и лице према коме се поставља имовинскоправни захтев. Имовинскоправни захтев у кривичном поступку може поставити не само оштећени, него и свако друго лице које је овлашћено да такав захтев постави и у парници. Међутим, лице према коме се поставља имовинскоправни захтев, у нашем праву може бити искључиво окривљени. То значи да се у кривичном поступку неће моћи поставити имовинскоправни захтев у свим случајевима тзв. грађанскоправне одговорности за штетне радње других лица. Дакле, када окривљени не сноси деликтну одговорност уопште или је не сноси примарно, имовинскоправни захтев се неће моћи поставити у кривичном поступку. Он неће моћи да се постави према окривљеном, јер не одговара за штету, али неће моћи да се постави ни према трећем лицу зато што оно нема статус окривљеног. Дакле, у таквој ситуацији имовинскоправни захтев ће моћи да се постави према одговорном лицу само у парници.

Према чл. 164 Закона о облигационим односима,<sup>26</sup> за штету коју проузрокује лице које услед душевне болести или заосталог умног развоја или којих других разлога није способно за расуђивање, одговара онај који је на основу закона или одлуке надлежног органа, или уговора, дужан да води надзор над њим. Он се може ослободити одговорности ако докаже да је вршио надзор на који је обавезан или да би штета настала и при брижљивом вршењу надзора.

Мера безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, односно на слободи може се изрећи само према

<sup>26</sup> *Службени листи СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89; *Службени листи СРЈ* бр. 31/93, 22/99, 44/99; *Службени листи СЦГ*, бр. 1/03.

неурачунљивом или битно смањено урачунљивом лицу (чл. 81 КЗ), уколико су испуњени и други услови за то. Такође, треба имати у виду да биолошки основ неурачунљивости, односно битно смањене урачунљивости представљају: душевна болест, привремена душевна поремећеност, заостали душевни развој или друге теже душевне поремећености (чл. 23 КЗ). Када ове одредбе сучелимо са већ наведеним одредбама Закона о облигационим односима, намеће се закључак да неурачунљиви или битно смањено урачунљиви окривљени не носе грађанскоправну одговорност за штету коју су учинили приликом извршења кривичног дела. За ту штету одговара друго лице, како је то већ наведено у чл. 164 Закона о облигационим односима. У том погледу, одредбе чл. 258, ст. 3 и чл. 526 ЗКП су у супротности са одредбама чл. 164 Закона о облигационим односима.

Мада то није предмет овог рада, у овом контексту упутићемо сличну опаску и Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица - ЗМ.<sup>27</sup> Реч је о чл. 79 тог закона, према коме суд може малолетника обавезати на испуњење имовинскоправног захтева само ако је малолетнику изрекао казну. Ако је према малолетнику изречена васпитна мера или је поступак обустављен, оштећени се ради остваривања имовинскоправног захтева упућује на парнични поступак. Ако малолетник има приходе или имовину, суд може одредити да испуни имовинскоправни захтев и кад према њему изрекне васпитну меру, односно када веће за малолетнике нађе да није целисходно изрећи малолетнику казну малолетничког затвора, нити васпитну меру. Међутим, ове одредбе су у супротности са чл. 165, ст. 4 Закона о облигационим односима, према коме малолетна лица не носе грађанскоправну одговорност за своје штетне радње. Родитељи одговарају за штету коју проузрокује другом њихово малолетно дете које је навршило седам година, осим ако докажу да је штета настала без њихове кривице.

2) У поступку пред другостепеним судом посебне задатке има судија извештач, о чему одлуку доноси председник суда (чл. 445, ст. 1 ЗКП). Ова одредба није у складу са чл. 24 Закона о судијама, према коме судија прима предмете према редоследу независном од личности странака и околности правне ствари. Тиме је прокламовано тзв. право на природног судију. Судији се предмети поверавају на основу распореда послова у суду, у складу са Судским пословником,<sup>28</sup> према редоследу унапред утврђеним за сваку календарску годину, искључиво на основу ознаке и броја предмета. Нико нема право да судска већа образује и предмете додељује мимо распореда послова и редоследа пријема предмета. Од редоследа при-

---

<sup>27</sup> *Службени гласник РС*, бр. 85/05.

<sup>28</sup> *Службени гласник РС*, бр.110/09, 70/11, 19/12, 89/13.

јема предмета може се одступити у случајевима предвиђеним законом, као и у случају оптерећености или оправдане спречености судије, у складу са Судским пословником. Председник суда је дужан да о сваком одступању од редоследа пријема предмета писмено обавести председника непосредно вишег суда.

3) Према чл. 2, тач. 14 ЗКП, под полицијом се подразумева орган министарства унутрашњих послова, службеник тог органа и службеник одговарајућег иностраног органа који, у складу са међународним правом и овим закоником, предузима радње на територији Републике Србије, на њеном броду или ваздухоплову, као и други државни орган са полицијским овлашћењима, ако је то овим закоником или другим законом одређено. Ова одредба под појмом полиције подразумева сваког полицијског службеника, што није у складу са Законом о полицији, по коме полицијска овлашћења могу да обављају само овлашћена службена лица, а не сви полицијски службеници. Наиме, треба имати у виду да постоје разне врсте полицијских службеника који обављају разне друге полицијске послове (нпр., безбедносну заштиту лица и имовине, одржавање јавног реда, регулација и контролу саобраћаја на путевима, издавање идентификационих докумената и путних исправа, итд).

## 6. НЕУСКЛАЂЕНОСТ ДРУГИХ ЗАКОНА СА НОВИМ ЗКП

Већ је речено да дисхармонији нашег правног система доприноси и чињеница да неки други закони још увек нису усклађени са новим ЗКП. Поменућемо у овом контексту два примера. Тако се у неколико одредаба ЗМ још увек помиње основана сумња као услов за покретање малолетничког поступка (чл. 46, чл. 52, чл. 58). Подсећамо да се прва фаза општег поступка према ЗКП покреће већ на основу основа сумње. Овим само сигнализирамо да се у различитим кривичним поступцима примењују различити степени уверења о постојању услова за покретање поступка. То не значи критику одредаба малолетничких прописа. Ако нешто треба критиковати, онда је то нови ЗКП, односно снижење квантума доказаности које је сада довољно за покретање истраге као прве фазе кривичног поступка. При томе, не само да није прихватљиво што је напуштен стандард основане сумње, већ је неприхватљива и његова дефиниција. Према чл. 2, тач. 17 ЗКП, основ сумње је скуп чињеница које посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела, док је основана сумња скуп чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела. Треба нагласити да се овде не ради о разлици

између непосредних и посредних доказа, већ о квантитативној разлици. Према претежном схватању у теорији кривичног процесног права, основана сумња претпоставља да су разлози за и разлози против постојања неке чињенице у извесној равнотежи. Основи сумње представљају нижи стандард доказаности, односно такав степен уверења о постојању неке чињенице, при чему разлози против доминирају над разлозима за постојање неке чињенице. Другим речима, основи сумње подразумевају постојање само неких доказа на основу којих се може закључити да је неко могући учинилац кривичног дела, при чему је та могућност још увек мања од супротне могућности да он то није учинио.

Други пример пружа нам Закон о међународној правној помоћи у кривичним стварима, који у поступку за изручење окривљеног или осуђеног још увек говори о делу поступка пред истражним судијом. Истражног судију помињу и ЗМ, као и Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку. Као што је то познато, установа истражног судије је укинута и уместо њега уведен судија за претходни поступак, који се у кривичном поступку јавља као заштитник права осумњиченог.

## 7. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Не само да нови ЗКП из 2011. године има мноштво унутрашњих противречности, већ о његовој несавршености говори и чињеница да је он неусклађен са неким другим нашим прописима: пре свега са Уставом, са праксом Европског суда за људска права, Кривичним закоником, Законом о облигационим односима, Законом о јавном тужилаштву, Законом о полицији, итд. С друге стране, неки други закони још увек нису термилошки или суштински усклађени са новим ЗКП. Због тога треба приступити преиспитивању уставности новог ЗКП, као и усклађивању неких његових одредаба са другим законима, што је предуслов успостављања хармоничног правног система.



*Snežana S. Brkić, Ph.D., Full Professor  
University of Novi Sad  
Faculty of Law Novi Sad*

## **Discordance of the 2011 Criminal Procedure Code of Serbia with other Regulations**

**Abstract:** *The article points to the discordance of the new 2011 CPC with other regulations of our judicial system: The Constitution, practices of the European Court of Human Rights, Criminal Code, Law on Public Prosecution, Law on Police, Law on Contracts and Torts. On the other hand, the laws which have not yet been terminologically or essentially harmonized with the new CPC are presented. All these are sources of discord in our legal system and require introducing changes to the CPC.*

**Key words:** *Criminal Procedure Code, Constitution, Criminal Code, Law on Public Prosecution*

