

»NOVI ZKP – OSNOVNI PROBLEMI ODBRANE«

Jugoslav Tintor, advokat iz Beograda

Kod svakog novog zakona važno je blagovremeno anticipirati buduće procesne situacije do kojih može doći u praktičnoj primeni novih rešenja - kako bi se prepoznao njihov stvarni domašaj i razumeo njihov ratio legis. Za analizu procesnog položaja branioca neophodno je prepoznati sve odredbe koje determinišu njegova prava, obaveze i mogućnosti u svakoj procesnoj situaciji i sagledati ove odredbe u kontekstu buduće praktične primene i mogućih problema koji u toj primeni mogu nastati. Samo na ovaj način moguće je razviti valjane ideje - u kom pravcu treba korigovati postojeće norme kako se primena novog zakona ne bi svela na „eksperiment in vivo“ čije bi posledice u najvećoj meri osetili građani.

Otpočinjenje primene novog ZKP-a nužno podrazumeva i suočavanje sa nevidljivim ali prisutnim otporom prema novinama. Ovaj otpor je prirodan i očekivan jer stvarna implementacija novih rešenja podrazumeva ne samo reformu normi već i reformu pravnih shvatanja i razumevanja pojedinih principa i instituta. Princip vladavine prava ne može se svesti samo na poštovanje zakona. On podrazumeva preispitivanje sadržine zakona i stvarnog načina njihove primene. U pravnom poretku utemeljenom na vladavini prava zakoni moraju biti formulisani tako da svojom sadržinom pružaju formalne pretpostavke za njihovu ujednačenu primenu. Zakonik o krivičnom postupku mora sadržati jasne i potpune norme kako bi zakonske posledice bile izvesne ili barem predvidive. Međutim, za vladavinu prava od suštinskog je značaja način interpretacije i primene pravnih normi u svakom konkretnom slučaju - koji bi trebalo biti moguće razumno predvideti. Zbog toga zakoni o uređenju sudova i tužilaštva moraju propisivati delotvorne mehanizme ujednačavanja sudske i tužilačke prakse.

Ključni nedostaci novog ZKP-a ogledaju se u protivustavnosti pojedinih zakonskih rešenja, problematičnoj tajnosti i neodređenom trajanju istrage, marginalnom položaju odbrane kao strane u postupku tokom tužilačke istrage i izostanku delotvornog procesnog mehanizma za blagovremeno izdvajanje nezakonitih dokaza. Zbog toga je neophodno precizno i krajnje restriktivno propisati uslove pod kojima jedan dokaz prikupljen u tužilačkoj istrazi može biti uzet u osnovu sudske odluke bez kritičkog preispitivanja na glavnom pretresu. Odstupanja od načela neposrednosti i kontradiktornosti moraju biti minimalna, a načelo jednakosti oružja delotvorano razrađeno kroz konkretna procesna rešenja. Pored toga, neophodno je ukinuti obavezu odbrane da na samom početku suđenja mora obelodaniti sve dokaze kojima raspolaže, jer u tom momentu nije moguće ni sagledati rezultate tužiočevog dokazivanja. Konačno, moraju se propisati rokove za postupanje javnog tužioca i konkretne procesne posledice u slučaju nepoštovanja tih rokova, a sve u cilju zaštite pravne sigurnosti građana.

1. PRAVA OKRIVLJENOG – (NE) USTAVNOST ZAKONSKIH NORMI

1.1.čl.68.st.2. i čl.68.st.1.tač.2 do 4.ZKP je u suprotnosti sa čl.29.Ustava RS

Okrivljeni ima pravo da bude poučen da nije dužan ništa da izjavi, da sve što izjavi može biti korišćeno kao dokaz, kao i da ima pravo da bude saslušan u prisustvu branioca koga sam izabere. Za razliku od ranijeg ZKP-a koji je propisivao da se okrivljeni mora poučiti o ovim pravima u momentu hapšenja, novi ZKP propisuje da se poučava tek neposredno pre prvog saslušanja¹ što ostavlja vremenski vakum u kojem okrivljeni može davati policiji razne informacije i pomagati im na sopstvenu štetu, a da prethodno nije poučen o svojim pravima. U momentu hapšenja postoji samo obaveza upoznavanja uhapšenog sa razlozima hapšenja i ništa više.

¹ Vidi čl.5.st.1.tač.1.važećeg ZKP, čl.68.st.2. i 69.st.1.tač.1.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

Ovakvo zakonsko rešenje je protivustavno. Čl.29.Ustava RS propisuje da se licu lišenom slobode bez odluke suda odmah saopštava da ima pravo da ništa ne izjavljuje i pravo da ne bude saslušano bez prisustva branioca koga samo izabere ili branioca koji će mu besplatno pružiti pravnu pomoć ako ne može da je plati. Ako Ustav propisuje da se licu lišenom slobode pouka o pravima mora saopštiti »odmah« - u momentu lišenja slobode, onda nije dozvoljeno zakonom propisati da se pouka saopštava uhapšenom u nekom kasnijem momentu.

1.2. čl.68.st.1 tač.1.ZKP je u suprotnosti sa čl.33.st.1.Ustava RS

Okrivljeni ima pravo da pre prvog saslušanja bude obavješten samo o delu koje mu se stavlja na teret i o »prirodi i razlozima optužbe«. Za razliku od ranijeg ZKP-a koji je propisivao da okrivljeni ima pravo da pre prvog saslušanja bude obavješten i »o dokazima koji su protiv njega prikupljeni« novi ZKP ovaj deo izostavlja²

Ovakvo zakonsko rešenje je protivustavno. Čl.33.st.1.Ustava RS propisuje da svako ko je okrivljen za krivično delo ima pravo da u najkraćem roku, u skladu sa zakonom, podrobno i na jeziku koji razume bude obavješten o prirodi i razlozima optužbe za koju se tereti, kao i o dokazima prikupljenim protiv njega. Ovde nije reč o pravu okrivljenog da izvrši uvid u sadržinu prikupljenih dokaza, već o njegovom pravu da bude obavješten o njihovom postojanju u načelu - što je preduslov za koncipiranje bilo kakve odbrane.³ Ako Ustav propisuje da okrivljeni ima pravo da bude obavješten i o »prirodi i razlozima optužbe« i o »dokazima koji su protiv njega prikupljeni« onda nije dozvoljeno zakonom propisati da ima pravo samo da bude obavješten o »prirodi i razlozima optužbe«

1.3. čl.7 i čl.296.ZKP su u suprotnosti sa čl.32.Ustava RS

Krivični postupak se pokreće tako što javni tužilac donese naredbu o sprovođenju istrage protiv koje ne postoji nikakvo pravno sredstvo⁴ Dakle, o osnovanosti pokretanja krivičnog postupka odlučuje isključivo javni tužilac koji pokreće istragu bez ikakve sudske kontrole, a istraga zatim može trajati neograničeno dugo.

Ovakvo zakonsko rešenje je protivustavno. Čl.32.Ustava RS propisuje da svako ima pravo da nezavistan, nepristrasan i zakonom već ustanovljen sud, pravično i u razumnom roku raspravi i odluči o njegovim pravima i obavezama, osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje postupka, kao i o optužbama protiv njega. Dakle, sud je taj koji mora odlučiti i o osnovanosti sumnje koja je razlog za pokretanje postupka i o optužbi. Ako Ustav propisuje da o osnovanosti sumnje koja je bila razlog za pokretanje krivičnog postupka mora da odluči sud onda nije dozvoljeno zakonom propisati da o osnovanosti sumnje za pokretanje krivičnog postupka odlučuje isključivo tužilac naredbom protiv koje ne postoji nikakvo pravno sredstvo o kojem bi odlučivao sud.

Kako ZKP nigde ne propisuje rok u kojem je tužilac dužan da istragu okonča, jasno je da krivični postupak može trajati neodređeno dugo a da sud ni u jednom momentu nije odlučivao o osnovanosti sumnje na kojoj se zasniva naredba o sprovođenju istrage kojom je otpočeo krivični postupak.⁵ Postavlja se pitanje - ima li zakonodavac ustavnu obavezu da propiše pravno sredstvo protiv nezakonitog krivičnog gonjenja. Celokupni

² Vidi čl.4.st.1.tač.1.važećeg ZKP i čl.68.st.1.tač.1.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

³ Da bi mogao koristiti svoje pravo iz čl.68.st.1.tač.10. da se izjasni o dokazima koji ga terete okrivljeni mora znati o kojim dokazima je reč. Ovakvo se od njega očekuje da iznese odbranu bez prethodnih saznanja na kojim dokazima se zasnivaju osnovi sumnje

⁴ Vidi čl.7 i čl.296.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

⁵ U Hrvatskoj se rešenje o sprovođenju istrage dostavlja okrivljenom u roku od osam dana od donošenja, protiv rešenja okrivljeni ima pravo žalbe,o žalbi odlučuje sudija istrage u roku od osam dana. (čl.218.ZKPH) Krivični postupak započinje tek nakon pravosnažnosti rešenja o sprovođenju istrage (čl.17.st.1.ZKPH). Jedino ako bi se dostavom rešenja o sprovođenju istrage ugrozio život ili telo osobe ili imovina velikih razmera javni tužilac može odložiti dostavu rešenja najviše za trideset dana i to samo u slučaju istrage za taksativno nabrojana krivična dela - protiv države, protiv oružanih snaga, terorizam i zločinačno udruženje (čl.218a.st.1.ZKPH)

katalog ljudskih prava i sloboda zajemčenih ustavom usmeren je ka sudskoj zaštiti. Celokupni ustavni poredak utemeljen je na vladavini prava i načelu zakonitosti čiji je zaštitnik sud. Dakle, nije u duhu Ustava da o pokretanju krivičnog postupka odlučuje javni tužilac, bez ikakvog prava žalbe ili druge sudske zaštite.

2.JEDNAKOST ORUŽJA – (NE) RAVNOPRAVNOST STRANAKA

Princip jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravično suđenje iz čl.6.Konvencije pretpostavlja da okrivljeni ne sme biti uskraćen u svojim temeljnim procesnim pravima u odnosu prema tužiocu. Jednakost oružja podrazumeva da svakoj stranci mora biti data razumna mogućnost da predstavi svoj slučaj, uključujući i svoje dokaze, pod uslovima koji je ne stavljaju u bitno nepovoljniji položaj u odnosu prema njenom protivniku. Osnovni cilj čl.6.st.3.Konvencije jeste da osigura pravično suđenje u postupku pred sudom. Međutim, prema sudskoj praksi Evropskog suda pojedini zahtevi iz čl.6.Konvencije mogu biti relevantni i u stadijumima postupka pre suđenja, pre svega - zahtev za razumnim trajanjem prethodnog postupka i zahtev za osiguravanjem prava odbrane, jer pravičnost postupka može biti ozbiljno narušena ako dođe do propusta u početnim fazama postupka.⁶ Kako ZKP uvodi princip tajnosti istrage i nigde ne propisuje dužinu njenog trajanja postavlja se pitanje kakva su prava odbrane od donošenja naredbe o sprovođenju istrage do njenog dostavljanja okrivljenom. Problem je što ovaj deo krivičnog postupka u potpunoj tajnosti može trajati neodređeno dugo, a ne poznaje nikakva prava odbrane.

2.1.PROBLEMATIČNA TAJNOST I NEODREĐENO TRAJANJE ISTRAGE

Novi ZKP propisuje da je podatak da li se protiv nekog lica vodi istraga dostupan samo sudu, tužiocu i policiji.⁷ Pravo je tužioca da samostalno odredi redosled preduzimanja dokaznih radnji u istrazi. On je obavezan samo da donese naredbu o sprovođenju istrage u roku od 30 dana od dana kada je obavешten o prvoj dokaznoj radnji koju je policija preduzela, ali nije obavezan da tu naredbu odmah dostavi okrivljenom i braniocu. Novi ZKP dopušta i vođenje istrage protiv nepoznatog učinioca što ostavlja mogućnost tužiocu da čitavu istragu vodi bez učešća okrivljenog i branioca ukoliko predstavi da je do podatka kojim je identifikovao učinioca došao na kraju istrage⁸

Odbrana saznaje za istragu tek kada tužilac odluči da okrivljenom i braniocu dostavi naredbu o sprovođenju istrage, što mora učiniti tek kada isplanira da preduzme prvu radnju kojoj oni imaju pravo da prisustvuju.⁹ Međutim, tužilac bez prisustva odbrane može saslušati osetljivog svedoka (čl.300.st.2) ili bilo kojeg svedoka ako pribavi odobrenje sudije za prethodni postupak ili ako istragu pokrene protiv NN učinioca pa ga naknadno identifikuje (čl.300.st.6) što mu pruža mogućnost da osmisli strategiju u redosledu preduzimanja dokaznih radnji kako bi istragu što duže vodio bez ikakvog učešća odbrane¹⁰

Ovakvo zakonsko rešenje nije saglasno sa zahtevima koji za zakone proizilaze iz vladavine prava, posebno sa zahtevima pravne sigurnosti i pravne izvesnosti u vezi sa pravom na pošteno suđenje. Naredba o sprovođenju istrage se donosi i istraga sprovodi a da osoba protiv koje se sprovodi o tome nema nikakvih saznanja, niti je

⁶ Vidi Imbroscia protiv Švajcarske 24 novembra 1993 par 36 i Salduz protiv Turske 27 novembra 2008 VV 36391/02 par 50

⁷ Vidi čl.10.st.2. i čl.297.st.1.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

⁸ Vidi čl.6.st.1. i čl.297.st.2.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

⁹ Vidi čl.296.st.2. i 297.st.1. ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

¹⁰ U uslovima tajne istrage logično je da saslušanje osumnjičenog bude među poslednjim radnjama, kao i da tužilac koristi svoje preče pravo predlaganja svedoka i tako što će svedoke odbrane označiti kao svedoke optužbe kako bi odbranu onemogućio da ih kontaktira tokom istrage u cilju pripreme za davanje iskaza i kako ih odbrana ne bi mogla ispitivati u direktnom ispitivanju na glavnom pretresu

upoznata sa svojim pravima. Okrivljeni koji ne zna da se protiv njega sprovodi istraga ne može ostvariti pravo na saznanje o osnovama sumnje, pravo na razgledanje spisa, pravo na predlaganje sprovođenja dokaznih radnji. Odredbom ovakve sadržine krši se pravo na pristup sudu i pravo na razuman rok. Zbog toga nije ustavnopravno prihvatljivo odlaganje dostave naredbe o sprovođenju istrage. ZKP bi trebalo da propisuje dostavljanje naredbe bez odlaganja i delotvoran mehanizam sudske zaštite od nezakonitog - arbitrarnog krivičnog gonjenja i istrage.

Trebalo bi odrediti rokove trajanja prethodnog postupka i njegovih faza jer zakonski rokovi osiguravaju pravnu predvidljivost i doprinose pravnoj sigurnosti građana. Takođe bi valjalo propisati konkretnu procesnu posledicu u slučaju da istraga u određenom roku ne dovede do očekivanih rezultata, što bi motivisalo tužioca da u razumnom roku utvrdi ima li osnova za dalje krivično gonjenje ili nema. Na ovaj način bi se izbegla ocena razumnosti rokova u smislu pravnih standarda Konvencije, obzirom da se ovaj pravni standard primenjuje samo u slučajevima kada rokovi nisu propisani. Postojanje delotvornog pravnog sredstva protiv nerazumno dugog trajanja sudskih postupaka Evropski sud je postavio kao evropski pravni standard još 2000 godine.¹¹

2.2.OBAVEZA ODBRANE DA OBELODANI TUŽIOCU SVE DOKAZE KOJIMA RASPOLAŽE

Branilac je dužan da odmah po prikupljanju dokaza obavesti tužioca da je dokaz prikupio, kao i da mu pre završetka istage omogući uvid u prikupljene dokaze.¹² Obaveza branioca da pre završetka istrage omogući tužiocu razmatranje spisa odbrane je u suprotnosti sa pretpostavkom nevinosti i pravilom da je tužilac taj koji je dužan da dokazuje krivicu, a ne odbrana nevinost. Na ovaj način odbrani se uskraćuje mogućnost osmišljavanja bilo kakve strategije i branilac se obavezuje da tužiocu dostavi i onaj materijal koji može koristiti tužilaštvu. Braniocu se mora ostaviti mogućnost da slobodno odluči koje će dokaze suprotstaviti dokazima tužilaštva, ali tek kada sagleda rezultate izvođenja dokaza tužilaštva na glavnom pretresu.

Ova obaveza odbrane kao i pravilo da je odbrana dužna da predloži sve dokaze još na pripremnom ročištu ugrožavaju pravo okrivljenog da se brani na način koji smatra najpovoljnijim jer je praktično prisiljen izneti dokaze i razotkriti koncepciju svoje odbrane već na samom početku postupka. Ovakvo zakonsko ograničenje prava na odbranu ne može se opravdati interesima ekonomičnosti postupka. Pravo na odbranu ćutanjem, pravo okrivljenog da sam sebe nije dužan inkriminisati kao i pravo da se okrivljeni brani na način i u trenutku za koji smatra da je za njega najpovoljniji predstavlja srž prava na pravično suđenje.¹³

Evropski sud je u okviru prava na pravično suđenje iz čl.6.st.1.ECHR zauzeo stav da kada je reč o proceni pravičnosti krivičnog postupka nije toliko važna usklađenost postupaka domaćih nadležnih tela sa formalnim pravilima domaćeg postupka u prikupljanju dokaza i postupanju sa njima, koliko je važan izostanak naznaka da su korišćenjem tih dokaza za osudu prekršena autonomna načela „pravilnosti“ u smislu čl.6.Konvencije i to –

¹¹ Vidi predmet Kudla protiv Poljske presuda VV 26 oktobra 2000 zahtev br.30210/96)

¹² Vidi čl.303.st.3 ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

¹³ Vidi Jalloh protiv Nemačke 2006, J.B. protiv Švajcarske 2001, Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva 2003

akuzatorski postupak, jednakost oružja kao i odsutnost navođenja na krivično delo i neprimerenog pritiska da se odustane od prava na ćutanje.¹⁴

2.3.NE POSTOJI OBAVEZA TUŽIOCA DA OBELODANI SVE DOKAZE KOJE JE PRIKUPIO

Kako ZKP obavezuje tužilaštvo i policiju da nepristrasno razjasne sumnju o krivičnom delu i da s jednakom pažnjom ispituju činjenice koje terete okrivljenog i činjenice koje mu idu u korist, oni su dužni da s jednakom pažnjom prikupljaju podatke i o krivici i o nevinosti okrivljenih. U ovoj se odredbi možda najbolje odražava dvostruka priroda uloge javnog tužioca - kao istražitelja i suprotne stranke. U ulozi istražitelja on je dužan da nepristrasno razjasni sumnju u smislu čl.6.st.4.ZKP. Međutim, iz te njegove uloge ne proizilazi i njegova obaveza da u postupku u kojem sudu predstavlja svoju optužnicu izvodi dokaze u korist osobe koju optužuje, a kojima nije poklonio veru. Reč je o izuzetno osetljivom pravnom području u kojem zakonodavac mora pronaći pravednu ravnotežu između tužioca koji prikuplja sve dokaze ali pred sudom po prirodi stvari izvodi samo one na kojima temelji optužnicu i odbrane koja mora imati na raspolaganju sve dokaze koje je tužilac pribavio i procesni položaj koji joj omogućuje da delotvorno koristi one dokaze koji su pribavljeni u korist okrivljenog. Čini se ipak da pravedna ravnoteža između tužioca i odbrane ne može postići ukoliko ne postoji zakonska obaveza tužioca da uz optužnicu priloži sve dokaze koje je pribavio u svojstvu istražitelja tako da se sa njima može upoznati i odbrana radi procene njihove važnosti. Popis svih sprovedenih dokaznih radnji i popis svih isprava koje predlaže kao dokaz tužilac treba da dostavi sudu kao i popis dokaza kojima raspolaže a ne namerava ih izvoditi - što ZKP nigde ne propisuje.¹⁵

3. PROCESNE GARANCIJE ZA OSTVARENJE ULOGE BRANIOCA U TUŽILAČKOJ ISTRAZI

U uslovima tužilačke istrage izmenjena je uloga odbrane koja po zakonu ne može prikupljati dokaze već samo preduzimati mere na obezbeđenju dokaza i predložiti tužiocu da ove dokazne radnje sprovede. Da bi mogao preduzimati bilo kakve radnje i stavljati bilo kakve predloge branilac mora imati uvid u spise predmeta i pratiti istragu tako što prisustvuje sprovođenju dokaznih radnji. Samo na ovaj način on može valjano proceniti i opredeliti u kom pravcu treba da usmeri svoju aktivnost na prikupljanju dokaza kojom bi pomogao tužilaštvo da razjasni sumnju - podrazumeva se u korist svog klijenta. Zakonskim ograničavanjem prava odbrane na uvid u spise predmeta i prava odbrane da prisustvuje sprovođenju dokaznih radnji suštinski se narušava princip jednakosti oružja i princip pravičnosti postupka.

3.1.PRAVO ODBRANE NA UPOZNAVANJE SA SPISIMA PREDMETA

Branilac ima pravo da pre prvog saslušanja pročita samo krivičnu prijavu, zapisnik o uviđaju i nalaz i mišljenje veštaka. Nedorečenost ove norme ostavlja prostor za restriktivno tumačenje koje je u praksi prisutno - da branilac ima pravo da pročita samo krivičnu prijavu, ali ne i njene priloge. Ova norma nastala je u vreme kada su zapisnik o uviđaju i nalaz i mišljenje veštaka predstavljali jedine pravno valjane dokaze iz priloga krivične prijave i kada se okrivljeni saslušavao na samom početku istrage, ali to više nije slučaj. Tužilac koji vodi istragu

¹⁴ U Hrvatskoj na pripremnom ročištu branilac čak može izjaviti da će svoj govor održati nakon izvođenja dokaza koje je predložio tužilac, a optuženi se ispituje na kraju dokaznog postupka, osim ako on sam drukčije ne zahteva – što znači da i formulisanju koncepta odbrane prethodi sagledavanje rezultata tužilačkog dokazivanja (čl.417.st.1. i 5. ZKPH).U R.Srpskoj i Federaciji BiH sud će poučiti optuženog da može dati iskaz u toku dokaznog postupka u svojstvu svedoka i ako odluči dati takav iskaz, da će biti podvrgnut direktnom i unakrsnom ispitivanju. Ovo je samo mogućnost ali ne i obaveza. (čl.274.st.2.ZKPRS) Tužilac će na početku glavnog pretresa ukratko izneti dokaze na kojima zasniva optužnicu a optuženi ili njegov branilac mogu nakon toga izložiti koncept odbrane, ali ne moraju. Umesto toga oni mogu sačekati rezultate tužilačkog dokazivanja da bi odlučili šta će dokazivati i da li uopšte ima potrebe dokazivati bilo šta (čl.275.ZKPRS)

¹⁵ U R.Srpskoj i Federaciji BiH postoji zakonska obaveza i suda i tužioca da kada dođu u posed bilo koje informacije ili činjenice koja može poslužiti kao dokaz na suđenju - stave ih na uvid branioocu i optuženom. (čl.55.st.4.ZKPRS)

može do saslušanja okrivljenog preduzeti mnoge dokazne radnje na kojima se može zasnovati sudska odluka. Međutim, okrivljeni nema pravo da se upozna sa sadržinom ovih dokaznih radnji pre svog prvog saslušanja.

Upoznavanje sa krivičnom prijavom i poverljiv razgovor sa braniocem neposredno prethode prvom saslušanju, tako da se okrivljeni i branilac u vrlo kratkom roku upoznaju sa osnovima sumnje, obavljaju poverljiv razgovor, koncipiraju odbranu i iznose je, što devalvira smisao samog prava jer se poverljiv razgovor u praksi redovno ograničava iz praktičnih razloga na neko „normalno vreme od 20/30-tak minuta“ koje je objektivno nedovoljno i za upoznavanje sa sadržinom dokaza i za koncipiranje odbrane. Ovakvo zakonsko rešenje je u suprotnosti sa čl.32.Ustava koji propisuje da svako ko je okrivljen za krivično delo ima pravo da dobije primereno vreme i odgovarajuće uslove za pripremu odbrane. Ovaj problem pogotovo dolazi do izražaja u složenijim predmetima. Pravilo da se u krivičnu prijavu ne unosi sadržina službenih beleški primljenih od građana postoji samo da bi se ograničila saznanja braniocu i otežali uslovi za koncipiranje odbrane.¹⁶ U momentu prvog saslušanja tužilac i branilac nisu ravnopravni jer tužilac raspolaže svim informacijama i dokazima, a branilac gotovo ničim.

Branilac ima pravo da nakon prvog saslušanja razmatra spise i razgleda predmete koji služe kao dokaz. Kod realizacije ovog prava u praksi se postavlja pitanje - da li se mogu razmatrati svi spisi ili samo oni koji se mogu koristiti kao dokaz. Pošto ova norma nakon reči „predmete“ nigde ne sadrži interpunkcijski znak zarez jasno je da su predmet razmatranja „spisi“ a ne „spisi koji služe kao dokaz“.

Tužiocu je ostavljena mogućnost da suspenduje pravo odbrane na razmatranje spisa do saslušanja poslednjeg osumnjičenog¹⁷, što ostavlja prostor za manipulaciju jer tužilac samostalno određuje redosled dokaznih radnji i realno može dovesti branioca u poziciju da prisustvuje saslušanju svedoka, iako nije imao mogućnost da se prethodno upozna sa spisima iz razloga što još uvek nije saslušan neki od saosumnjičenih.¹⁸

Bez prava uvida u spise predmeta pravo na odbranu predstavlja nudum ius. Delotvornim ostvarenjem ovog prava okrivljeni dobija aktivnu ulogu i prelazi iz „objekta istrage“ u subjekt krivičnog postupka. Od tog prava i načina njegove realizacije zavisiće u velikoj meri i pravičnost krivičnog postupka.

3.2.PRAVO ODBRANE DA TOKOM ISTRAGE PRISUSTVUJE SPROVOĐENJU DOKAZNIH RADNJI

Tužilac je dužan da braniocu »uputi poziv«, a ne da dostavi poziv za saslušanje osumnjičenog i ispitivanje svedoka i veštaka, pri čemu je već zauzet stav RJT a postoji praksa u TOK-u prema kojoj saslušanju okrivljenog ne mogu prisustvovati branioci saslušanih saokrivljenih iako su na osnovu ranijeg ZKP-a do sada to mogli činiti. Kod pozivanja branioca zakon koristi termin „uputi poziv“ a ne „pozove“, što znači da je dovoljno da tužilac raspolaže potvrdom da je poziv uredno poslao, a ne i potvrdom da je branilac poziv uredno primio.¹⁹

¹⁶ Vidi čl.288.st.8.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

¹⁷ Vidi čl.303.st.1.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

¹⁸ U Hrvatskoj - okrivljeni i branilac imaju prava uvida u spis od dostave rešenja o sprovođenju istrage a ako je ispitivanje obavljeno pre donošenja rešenja o sprovođenju istrage, odmah nakon što je ispitan (čl.184.st.4.ZKP) Ako postoji opasnost da će uvidom u deo ili celi spis ugroziti svrhu istrage onemogućavanjem ili otežavanjem prikupljanja važnog dokaza ili bi se time ugrozio život, telo ili imovina velikih razmera, okrivljenom se može uskratiti uvid u deo ili ceo spis najduže 30 dana od dostave rešenja o sprovođenju istrage (čl.184a.st.1.ZKPH)

¹⁹ Vidi čl.300.st.1.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

Tužilac može saslušati svedoka ili veštaka - nezavisno od urednosti pozivanja branioca - ako pribavi prethodno odobrenje sudije za prethodni postupak.²⁰ To znači da je za zakonitost dokazne radnje u istrazi bez značaja da li je branilac izostao iz opravdanih razloga jer se radnja svakako održava i u njegovom odsustvu, kao što je bez značaja i da li je branilac primio poziv ako mu je uredno upućen, kao što je bez značaja i da li je poziv braniocu uopšte upućen ako tužilac pribavi prethodno odobrenje sudije za prethodni postupak. Samim tim, tužilac bi uz odobrenje sudije za prethodni postupak mogao saslušati sve svedoke pa tek onda naredbu o sprovođenju istrage dostaviti osumnjičenom uz poziv za njegovo saslušanje.²¹

Princip tajnosti istrage pogotovo dolazi do izražaja kod tužilaca posebne nadležnosti kojima je dato ovlašćenje da mogu ispitivati svedoke i bez pozivanja osumnjičenog i njegovog branioca da prisustvuju „ako ocene da njihovo prisustvo može uticati na svedoka“.²² Ključno je pitanje - kome smeta prisustvo branioca kod saslušanja svedoka? Moguće je da svedoku smeta prisustvo okrivljenog, ali ne i prisustvo branica. Ako se svedok plaši da svedoči postoji institut zaštićenog svedoka. Ovako se tužiocu omogućava da na osnovu diskrecione procene potpuno isključi branioca iz istrage.

3.3.PRAVO ODBRANE DA PREDLOŽI JAVNOM TUŽIOCU SPROVOĐENJE DOKAZNE RADNJE

Branilac ima pravo da predloži tužiocu da preduzme dokaznu radnju. Ako tužilac odbije da je preduzme ili ne odluči u roku od 8 dana branilac može predložiti sudiji za prethodni postupak koji u roku od 8 dana odbija ili usvaja predlog i nalaže tužiocu da preduzme radnju u nekom roku. Ovde se očekuje da će dokaznu radnju u korist odbrane valjano preduzeti tužilac koji se prethodno protivio da se ona preduzme. Ostaje nejasno zbog čega ZKP nije predvideo institut dokaznog ročišta – sprovođenja dokazne radnje od strane sudije za prethodni postupak u određenim slučajevima, ako je verovatno da se ti dokazi neće moći izvesti na glavnom pretresu.

Primera radi, u Hrvatskoj - na predlog javnog tužioca, oštećenog kao tužioca ili okrivljenog sudija istrage može sprovesti dokazno ročište na kojem će se izvesti dokazi ako je potrebno ispitati svedoka iz čl.292 i 293 odnosno ako se drugi dokaz neće moći kasnije izvesti. (čl.235.st.1.ZKPH) Dokaznom ročištu prisustvuju javni tužilac, okrivljeni, branilac i oštećeni koji mogu stavljati primedbe i predložiti sudiji istrage da radi razjašnjenja stvari postavi pitanja svedoku ili veštaku, a uz njegovo dopuštanje mogu postavljati pitanja neposredno (čl.238.st.2 i 4.ZKPH). Isto tako, u R.Srpskoj i Federaciji BiH sudija za prethodni postupak može, na predlog stranaka ili branioca, narediti da se izjava svedoka uzme na posebnom saslušanju kada je u interesu pravde da se svedok sasluša kako bi se njegov iskaz koristio na glavnom pretresu zato što postoji mogućnost da neće biti dostupan sudu za vreme suđenja (čl.231.st.1.ZKPRS)

3.4.PRAVO ODBRANE DA U ISTRAZI PREDUZIMA RADNJE NA OBEZBEĐENJU DOKAZA

Za razliku od tužioca koji tokom istrage preduzima dokazne radnje, branilac je ovlašćen samo da prikuplja dokaze tj. da preduzima pripremne radnje na obezbeđenju dokaza sa mogućnošću da predloži javnom tužiocu da

²⁰ Vidi čl.300.st.6.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

²¹ U Hrvatskoj, ako javni tužilac okrivljenom nije dostavio obavest a sproveo je dokaznu radnju ispitivanja svedoka,okrivljeni ima pravo zahtevati ponovno sprovođenje tih dokaznih radnji, o čemu odlučuje sudija istrage koji može naložiti javnom tužiocu ponovno sprovođenje ispitivanja svedoka u kom slučaju se zapisnik o ranijem ispitivanju izdvaja iz spisa i ne može se koristiti kao dokaz. (čl. 213a.st.1 i 2.ZKPH)

²² Vidi čl.300.st.2 ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011) U ovom slučaju sudska odluka se ne može zasnivati isključivo ili u odlučujućoj meri na tom iskazu svedoka, ali je odlučujuća mera neodređen pojam i nije opredeljeno kakav je procesni status dokaza do kojih se posredno došlo na osnovu saznanja iz tog iskaza. Ako se na osnovu iskaza određenog svedoka dođe do određenih saznanja pa se na osnovu tih saznanja dođe do drugih dokaza - da li se onda sudska odluka zasniva na iskazu ovog svedoka u odlučujućoj meri. Za očekivati je da će sudovi ovu normu tumačiti restriktivno.

neku od ovih dokaznih radnji preduzme u istrazi. Okrivljeni i branilac u istrazi imaju pravo da samostalno prikupljaju dokaze i materijal u korist odbrane i da u tom cilju razgovaraju sa licem koje im može pružiti podatke korisne za odbranu, kao i da od tog lica pribavljaju potrebne izjave i obaveštenja, pod uslovom da nije reč o oštećenom i licima koja su već ispitana od strane policije ili javnog tužioca.²³ Međutim, ZKP ne propisuje zabranu policiji i tužiocu da pribavljaju izjave od lica koje je već dalo izjavu braniocu, što znači da oni to mogu činiti. Kako nije propisana obaveza prisustva branioca u slučaju kada policija ili tužilac pozovu lice koje je već dalo izjavu braniocu radi davanja nove izjave realno je očekivati da će se kod svedoka odbrane pojavljivati duple izjave koje će dovesti u pitanje njihov kredibilitet. Najvažnije od svih prećutnih načela iz čl.6. Konvencije jeste načelo „jednakosti oružja“ koje podrazumeva da su obe stranke u postupku ovlašćene biti informisane o činjenicama i argumentima suprotne strane i da svaka stranka mora imati jednake mogućnosti odgovoriti drugoj

Pravo na razgovor sa licem koje mu može pružiti podatke korisne za odbranu i da od tog lica pribavlja pisane izjave i obaveštenje, pravo na ulazak stan i u privatne prostorije i pravo na preuzimanje predmeta i isprava uz obavezu izdavanja potvrde - branilac može ostvariti samo uz saglasnost tog lica.²⁴ Međutim, nije predviđena mogućnost da branilac uz pribavljen nalog sudije za prethodni postupak ova prava može ostvariti i prinudnim putem - uz asistenciju policije ili uz pretnju sudskom novčanom kaznom ili zatvorom.²⁵

3.5.NE POSTOJI DELOTVORNO I BLAGOVREMENO IZDVAJANJE NEZAKONITIH DOKAZA

Sudske odluke se ne mogu zasnivati na dokazima koji su neposredno ili posredno, sami po sebi ili načinu pribavljanja »u suprotnosti sa zakonom«, a ne samo na dokazima koji su »zakonom izričito zabranjeni«.²⁶ Ovakva zakonska formulacija pruža osnov za tvrdnju da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su „posredno pribavljeni“ - proistekli iz nezakonitih i koji samim tim moraju deliti istu pravnu sudbinu sa nezakonitim u skladu sa doktrinom ploda otrovnog drveta.²⁷

Kako ZKP dopušta samo žalbu protiv rešenja kojim se predlog za izdvajanje nezakonitog dokaza usvaja, ali ne i protiv rešenja kojim se taj predlog odbija, valjalo bi propisati delotvoran procesni mehanizam za blagovremeno razdvajanje zakonitih i nezakonitih dokaza kako bi se onemogućila kontaminacija dokaza tokom postupka

²³ Vidi čl.301.st.3.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011).

U Hrvatskoj je ovo ograničenje svedeno samo na zabranu kontaktiranja žrtve i oštećenog (čl.67.st.2.ZKPH), tako da ostaje nejasan ratio legis ovakvo široko postavljenog izuzetka koji značajno sužava prava odbrane. Ovakvim zakonskim rešenjem data je mogućnost tužiocu da na osnovu podataka policije i uz njihovu pomoć neposredno nakon događaja identifikuje, locira i uzme izjave od svih potencijalnih svedoka i tako posredno ograniči pravo odbrane na prikupljanje dokaza – što će predstavljati pravilo u praksi

²⁴ Vidi čl.301.st.2.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

²⁵ U praksi će se dešavati slučajevi da branioci neće biti u mogućnosti da realizuju određene zahteve za pribavljanje predmeta i uzimanje izjava zbog toga što lica neće želiti da se mešaju u postupak koji ih se direktno ne tiče. Ako odbrana ne raspolaže mogućnošću da ovim licima stavi u izgled da izbegavanjem davanja doprinosa utvrđivanju istine u krivičnom postupku praktično ometaju postupak i opstruiraju dokazivanje u smislu „ometanja pravde“, ove norme ostaće samo proklamovane bez realne mogućnosti da se izdejsvuje njihova delotvorna primena u praksi. U R.Srpskoj i Federaciji BiH svako ko drži neki predmet dužan ga je predati na osnovu sudske naredbe za oduzimanje predmeta, a onaj ko to odbije može se kazniti do 50.000 KM a u slučaju daljeg odbijanja – može se zatvoriti, s tim što zatvor može trajati do predaje predmeta ili do završetka krivičnog postupka, a najduže 90 dana. Ovo pravilo se odnosi i na službeno ili odgovorno lice u državnom organu ili pravnom licu, a jedini izuzetak su osumnjičeni i lica koja su oslobođena dužnosti svedočenja. (čl.129.st.5. i 9.ZKPRS)

²⁶ Vidi čl.čl.18.st.2.važećeg ZKP i čl.16st.1.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

²⁷ U Hrvatskoj postoji pravilo prema kojem su nezakoniti i dokazi za koje se saznalo iz nezakonitih dokaza (čl.10.st.2.tač.4.ZKPH).

U R.Srpskoj i Federaciji BiH propisano je da sud ne može zasnivati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovog zakona, s tim da sud ne može zasnivati svoju odluku ni na dokazima koji su dobijeni na osnovu nezakonitih dokaza (čl.10.st.2 i 3.ZKPRS)

U Hrvatskoj je propisano da je sudija istrage do završetka istrage a predsednik optužnog veća nakon prijema optužnice na potvrđivanje a pre njenog ispitivanja, na predlog stranaka ili po službenoj dužnosti, rešenjem mora odlučiti o izdvajanju nezakonitih dokaza iz spisa, odmah a najkasnije u roku od tri dana od saznanja. Protiv rešenja kojim je odlučeno o predlogu stranaka ili o izdvajanju dopuštena je posebna žalba, o kojoj odlučuje viši sud. Dakle, postoji dvostepenost u slučaju kada se predlog za izdvajanje nezakonitog dokaza odbija i u odnosu na odluku sudije istrage i u odnosu na odluku predsednika optužnog veća ili optužnog veća (čl.86.st.1.ZKPH) ²⁸

4. PRAVILA DOKAZIVANJA – (NE) PRISTRASNOST SUDA

4.1.TERET DOKAZIVANJA OPTUŽBE JE NA TUŽIOCU

Po pravilu, sud izvodi dokaze na predlog stranaka, a samo izuzetno može i sam odrediti izvođenje dokaza. Novi ZKP propisuje dva kumulativna uslova za sudsku inicijativu u dokaznom postupku - protivrečnost ili nejasnost izvedenih dokaza i neophodnost svestranog raspravljanja predmeta dokazivanja.²⁹ Praktična primena ove odredbe pokazaće u kojoj meri će sud biti spreman da svoje intervenisanje u dokazni postupak svede samo na izuzetne slučajeve i da li će neophodnost svestranog raspravljanja biti tumačena restriktivno ili ekstenzivno. Međutim, postavlja se pitanje procesnih konsekvenci u slučaju kada sud svojim intervencijama u dokaznom postupku pomaže javnom tužiocu u dokazivanju optužnice sanirajući posledice njegovih propusta. Imajući u vidu dosadašnju sudsku praksu nije realno očekivati da će sudovi prepoznati ovu filigransku razliku između potrebe razjašnjenja i nedozvoljene pomoći, niti da će svoje ovlašćenje za izvođenje dokaza koristiti restriktivno³⁰ Zbog toga je branilac taj koji mora insistirati na razlici između korektivne i kreativne uloge suda, kao i na primeni čl.15.st.4. u duhu poštovanja prava na pravično suđenje koje je garantovano u čl.32.st.1.Ustava RS i čl.6.Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda.³¹

4.2.NEZAKONITI DOKAZI – DOKTRINA PLODA OTROVNOG DRVETA

²⁸ U Hrvatskoj se povodom ispitivanja optužnice održava sednica optužnog veća na koju se pozivaju javni tužilac, oštećeni, okrivljeni i branilac ako se postupak vodi za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora preko 5 godina. Na ovoj sednici stranke izlažu i obrazlažu svoje zaključke služeći se podacima koji su sadržani u spisu. Javni tužilac ukratko iznosi rezultate istrage i dokaze na kojima zasniva optužnicu, dok okrivljeni i branilac mogu upozoriti na dokaze koji idu u korist okrivljenog, na moguće propuste u istrazi i na nezakonite dokaze. Ako veće posumnja u zakonitost pojedinog dokaza, a bez izvođenja dodatnih dokaza o tome ne može doneti odluku, odložiće ročište i odmah zakazati novo na kojem će izvesti dokaze važne za utvrđivanje činjenica o zakonitosti dokaza (prethodno suđenje o zakonitosti dokaza) te najpre odlučiti o zakonitosti dokaza, a zatim doneti odluku o optužnici. Protiv rešenja suda o zakonitosti dokaza dopuštena je posebna žalba, o kojoj odlučuje viši sud. Izdvojeni dokazi ne mogu se razgledati ni upotrebljavati pri odlučivanju u krivičnom postupku (čl.349-351.ZKPH) Ako veće ustanovi da nema dovoljno dokaza da je okrivljeni osnovano sumnjiv za delo koje je predmet optužbe odnosno da je protivrečje između prikupljenih dokaza očito takvo da bi na raspravi izricanje osuđujuće presude bilo nemoguće - rešenjem će obustaviti postupak. (čl.355.st.1.tač.4.ZKPH)

²⁹ Vidi čl.15.st.4. ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

³⁰ U dosadašnjoj sudskoj praksi pogrešno razumevanje pretpostavke nevinosti i pravila „in dubio pro reo“ imalo je za posledicu da se u postupku dokazivala nevinost a ne krivica, kao i da je za dokazivanje nevinosti bilo potrebno otkloniti svaku moguću sumnju, a ne učiniti realnom samo jednu premisu o nepostojanju dokaza o krivici

³¹ Pravo na pravično suđenje je ustanovljeno da bi štitilo građanina jer mu je protivna stranka javni tužilac sa čitavim državnim aparatom iza sebe zbog čega su stranke u uslovima adversijalnog krivičnog postupka faktički neravnopravne. Kako jedan od ciljeva ZKP-a mora biti i ublažavanje ove neravnopravnosti, a cilj prava na pravično suđenje jeste da zaštiti građanina od pristrasnosti suda na njegovu štetu, valjalo bi insistirati na pravu suda da sam izvodi dokaze “samo u korist okrivljenog“ što bi doprinelo ravnopravnosti stranaka i rezultiralo pravičnijim suđenjima.

Sudske odluke se ne mogu zasnivati na dokazima koji su neposredno ili posredno, sami po sebi ili načinu pribavljanja »u suprotnosti sa zakonom«, a ne samo na dokazima koji su »zakonom izričito zabranjeni«.³²

Ovakvo zakonsko rešenje u skladu je sa praksom Evropskog suda za ljudska prava koja prihvata tzv. „doktrinu ploda otrovnog drveta“ prema kojoj je zakonitost dokaza kompromitovana ako je prilikom njegovog pribavljanja ili izvođenja korišćen nezakonit dokaz ili ako taj dokaz nikad ne bi ni bio pribavljen da mu nije prethodilo pribavljanje nezakonitog dokaza.

Ključni problem novog ZKP-a je što uopšte nije propisana zabrana da se nezakoniti dokazi koriste prilikom izvođenja dokaza, niti procesna sudbina dokaza prilikom čijeg izvođenja su korišćeni nezakoniti dokazi ili dokazi do kojih nikada ne bi ni došlo da im nije prethodio neki nezakoniti dokaz.

Dakle, nova zakonska formulacija pruža osnov za tvrdnju da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su „posredno pribavljeni“ – proistekli iz nezakonitih i koji moraju biti dovedeni u istu ravan i deliti istu procesnu sudbinu u skladu sa doktrinom ploda otrovnog drveta. Međutim, korišćenje nezakonitog dokaza nije više propisano kao apsolutno bitna povreda krivičnog postupka.³³ Ovo je sada relativno bitna povreda krivičnog postupka jer podrazumeva da neće rezultirati ukidanjem presude ako je prema proceni drugostepenog suda očigledno da bi i bez tog nezakonitog dokaza bila doneta ista presuda. Ovakvo zakonsko rešenje u potpunosti devalvira doktrinu ploda otrovnog drveta koja je načelno proklamovana u čl.16.ZKP.

4.3.KLJUČNI PROBLEM – MOGUĆNOST POJEDNOSTAVLJENOG DOKAZIVANJA

Za odluku o krivici dovoljno je da postoji priznanje koje nije u suprotnosti sa drugim dokazima, što će povećati broj presuda koje se zasnivaju na golim priznanjima čiju verodostojnost nije moguće proveriti. Za razliku od ranijeg ZKP koji je propisivao pravilo da priznanje mora biti potkrepljeno i drugim dokazima, novi ZKP propisuje pravilo da je organ postupka dužan da i dalje prikuplja dokaze o učiniocu i krivičnom delu samo ako postoji osnovana sumnja u istinitost priznanja ili je priznanje nepotpuno, protivrečno ili nejasno i ako je u suprotnosti sa drugim dokazima.³⁴ Ovo rešenje zadovoljava se priznanjem koje je logički ispravno.³⁵ Međutim, priznanja ne mogu zameniti dokaze. Ona su vrlo često rezultat različitih motiva kao npr.prikrivanja stvarnog učinioca, umanjenja sopstvene ili tuđe krivice, a pre svega straha od mogućeg pritvora i njegovog budućeg neizvesnog trajanja. Pravna sigurnost građana nalaže da verodostojnost priznanja mora biti potvrđena barem još jednim dokazom, s tim što je u sudskoj praksi prisutno pogrešno shvatanje koje kao potvrdu autentičnosti priznanja uzima dokaz da je krivično delo učinjeno, a ne dokaz da je okrivljeni taj koji je krivično delo učinio.

Kod novih vrsta prepoznavanja – preko fotografija i preko glasa - nisu definisane formalne pretpostavke i uslovi pod kojim se obavljaju³⁶, što će povećati broj prepoznavanja sumnjivog kvaliteta - čiju pouzdanost nije moguće proveriti. Prepoznavanje na osnovu glasa je nepouzdan način prepoznavanja, jer nije moguće sprovesti ga protiv volje okrivljenog, nije lako prethodno opisati glas, nije realno pronaći još četiri lica sa sličnim glasovima.

³² Vidi čl.čl.18.st.2.važećeg ZKP i čl.16st.1.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

³³ Vidi čl.438.st.1.tač.11 i čl.438.st.2.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

³⁴ Vidi čl.94.važećeg ZKP i čl.88.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

³⁵ U uslovima kada okrivljeni nema pravo da pre prvog saslušanja bude obavešten o dokazima koji su protiv njega prikupljeni, a njegovo priznanje ne mora biti potkrepljeno drugim dokazom da bi se na njemu zasnivala presuda, realno je očekivati porast broja presuda kod kojih je priznanje početak i kraj dokaznog postupka što će samo dodatno ohrabriti tužilaštvo i policiju da cilj svog rada prepoznaju u priznanjima, koje će uz pomoć procesnih instituta kao što su sporazum o priznanju krivice i sporazum o svedočenju biti daleko lakše obezbediti nego pribavljati dokaze

³⁶ Vidi čl.90.st.3 i 4. i čl.100 ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

Novi ZKP ne propisuje prisustvo branioca kod prepoznavanja u istrazi ni kao mogućnost što je vrlo loše. Kada se tome doda zakonska mogućnost da se prepoznavanje izvrši preko fotografija i glasa, ali i nepostojanje zakonske obaveze da se ove procesne radnje na bilo koji način vizuelno i tonski fiksiraju, proizilazi da će jedini dokaz o prepoznavanju predstavljati pismeni zapisnici čiju će verodostojnost potom i policajci i tužioci prilikom saslušanja nekritički braniti. Zbog toga će biti vrlo teško preispitivati realnu procesnu valjanost prepoznavanja i utvrditi eventualane sugestivne uticaje do kojih je prilikom prepoznavanja dolazilo, kojima prisustvo branioca ipak predstavlja koliku-toliku prepreku.

Status posebno osetljivog svedoka podrazumeva isključenje neposrednosti kod ispitivanja i suočenja, kao i mogućnost ispitivanja iz posebne prostorije³⁷. Razlozi zbog kojih neko može dobiti status posebno osetljivog svedoka su preširoko postavljeni tako da se bukvalno svaki svedok može predstaviti kao posebno osetljiv, a nije dozvoljena žalba protiv rešenja tako da o statusu ovih svedoka odlučuje tužilac u prvom i poslednjem stepenu. Na ovaj način se povređuje načelo neposrednosti, na osnovu diskrecione procene jedne stranke, na štetu druge stranke i bez ikakve mogućnosti sudskog preispitivanja. Ovakvo rešenje rezultiraće nemogućnošću unakrsnog ispitivanja ključnih svedoka optužbe.

4.4. PROBLEMATIČNOST PRIPREMNOG ROČIŠTA - POVREDA PRETPOSTAVKE NEVINOSTI

Na pripremnom ročištu stranke se izjašnjavaju o optužbi, obrazlažu postojeće i predlažu nove dokaze, utvrđuju se činjenična i pravna pitanja koja će biti predmet raspravljanja na glavnom pretresu.³⁸ Branilac je dužan da predloži sve dokaze za koje je do pripremnog ročišta saznao. Novim zakonom uvedena je prekluzija u odnosu na sve dokaze koji su braniocu bili poznati a na prethodnom ročištu ih nije predložio, što značajno limitira branioca u osmišljavanju bilo kakve taktike i obavezuje ga da dokazuje nevinost, jer se od njega očekuje da anticipira efekte predloženih dokaza tužilaštva i prema pretpostavljenim rezultatima dokazivanja opredeli dokaze odbrane.

4.5. OSNOVNO ISPITIVANJA, UNAKRSNO ISPITIVANJE I DODATNA PITANJA

Novi ZKP uvodi mogućnost postavljanja sugestivnih pitanja koja su dopuštena samo kod unakrsnog ispitivanja svedoka i veštaka na glavnom pretresu. Sugestivna pitanja nisu dopuštena tokom istrage, niti prilikom saslušanja okrivljenog tako da u slučaju kada jedan okrivljeni tereti drugog ne postoji mogućnost unakrsnog ispitivanja. ZKP nigde ne propisuje konkretna pravila unakrsnog ispitivanja i nigde ne propisuje pravilo da se dodatna pitanja mogu odnositi samo na okolnosti koje su problematizovane u unakrsnom ispitivanju. Nije dobro omogućiti stranci da kroz dodatna pitanja dopunjuje svoje osnovno ispitivanje onim što je zaboravila da pita jer u odnosu na ta pitanja suprotna stranka više ne bi imala pravo da ispituje unakrsno već samo dodatnim pitanjima – što je značajno hendikepira jer ne može da dovodi u pitanje kredibilitet ovih tvrdnji. Bez ovog pravila, taktički će se ostavljati najvažnija pitanja za dopunska jer se ne izlaže opasnosti unakrsnog ispitivanja, ali će smisao unakrsnog ispitivanja biti devalviran.

4.6. TONSKO SNIMANJE - SAMO ZA KRIVIČNA DELA ORGANIZOVANOG KRIMINALA

Unakrsnim ispitivanjem moguće je postići svrhu samo u uslovima tonskog ili stenogramskog zapisa, jer svako parafraziranje pitanja ili odgovora obesmišljava suštinu ovog instituta. Trebalo bi proširiti krug krivičnih dela za koje je propisano obavezno tonsko snimanje u zavisnosti od zaprećene kazne ili složenosti predmeta. Ovo je

³⁷ Vidi čl.103-109 ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

³⁸ Vidi čl.345-352.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

nužno barem u odnosu na krivična dela nabrojana u čl.162.st.1. za koje je moguće odrediti posebne dokazne radnje.³⁹

4.7. BRANILAC NEMA PRAVO NA PRIGOVOR ZBOG NEDOZVOLJENOG PITANJA

Novi ZKP nigde ne predviđa pravno sredstvo – prigovor kojim bi se braniocu dala mogućnost da blagovremeno odreaguje u sudnici i spreči povredu prava okrivljenog koja se čini načinom postavljanja određenog pitanja.

Nije dovoljno da branilac samo može uneti primedbu na kraju zapisnika jer nije dovoljno delotvorno. Suština aktivnosti branioca jeste da predupredi povredu pravila postupka na štetu okrivljenog i doprinese da postupak bude sproveden zakonito i pravično. Ako za tako nešto nije naoružan odgovarajućim procesnim sredstvima koje može upotrebiti kad god uoči da povreda postoji, već sve povrede može isticati tek u žalbi na presudu i to samo kao relativno bitnu povredu postupka onda ovo zakonsko rešenje ne pruža odgovarajuću zaštitu proklamovanim pravima odbrane.

Postavlja se pitanje kakva je procesna sankcija postavljanja nedozvoljenog pitanja, da li to čini nezakonitim čitavu dokaznu radnju ili se samo odgovor na to pitanje ne može koristiti kao dokaz, na koji način bi se iz ocene dokaza mogao apstrahovati segment dokaza i koliko je povreda potrebno učiniti da bi se izveo zaključak da postupak nije bio pravičan⁴⁰

4.8. PREDSEDNIK VEĆA MOŽE UVEK POSTAVITI PITANJE I OMETATI TOK ISPITIVANJA

Predsednik veća može uvek postaviti pitanje koje doprinosi potpunijem i jasnijem odgovoru na pitanje koje je već postavljeno od strane drugih procesnih učesnika.⁴¹Ovo pravilo obesmišljava strategiju unakrsnog ispitivanja čija je suština u redosledu pitanja koja jedna iz drugih proizilaze. Ovaj redosled sudija ne treba da remeti svojim pojašnjenjima pitanja, već je dovoljno da ima pravo da odbije svako pitanje za koje proceni da je postavljeno na način koji nije dozvoljen. Predsedniku veća treba ostaviti mogućnost da nakon stranaka postavi pitanja u cilju razjašnjenja stvari, jer je protivno duhu adversijanog postupka da se u svakom momentu pojašnjava pitanje.

4.9. NEOPHODNO JE PROPISATI PRAVILA DIREKTOG I UNAKRSNOG ISPITIVANJA

U R.Srpskoj i Federaciji BiH propisano je da se pitanja svedoku suprotne stranke ograničavaju na pitanja koja su prethodno postavljena tokom ispitivanja svedoka od stranke koja je pozvala svjedoka i pitanja u korist vlastitih tvrdjenja. Pitanja na ponovnom ispitivanju svedoka od stranke koja ga je pozvala ograničavaju se na pitanja postavljena tokom ispitivanja svedoka od suprotne stranke. Nakon što svedok bude ispitan sudija odnosno predsednik veća i članovi veća mogu mu postavljati pitanja. (Čl.277.st.1.ZKPRS)

Po pravilu pitanja koja navode na odgovor koji se želi čuti dozvoljena su samo prilikom unakrsnog ispitivanja. Pitanja koja navode na odgovor koji se želi čuti ne mogu se postavljati pri direktnom ispitivanju osim u slučaju potrebe razjašnjenja izjava svjedoka. Kada stranka pozove suprotne stranke ili kada svedok pokazuje odbojan stav ili ne želi da sarađuje, sudija odnosno predsednik veća može dozvoliti upotrebu pitanja koja navode na odgovor koji se želi čuti (čl.277.st.2.ZKPRS) Novi ZKP ne sadrži ni jedno od ovih pravila načina ispitivanja.

4.10. PREŠIROKA MOGUĆNOST ČITANJA ZAPISNIKA O ISKAZIMA SAUČESNIKA

³⁹ Vidi čl.236.st.1.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011) Ako je zbog težine krivičnog dela dozvoljeno suspendovati određena ustavna prava u cilju njihovog otkrivanja i dokazivanja, onda se u cilju obezbeđenja uslova za fer i pravično suđenje mora obezbediti i tonsko snimanje U suprotnom dolaziće do situacija da se u postupku za teško ubistvo za koje se može izreći 40 godina zatvora prilikom unakrsnog ispitivanja svedoka raspravlja šta je svedok tačno rekao i šta će se tačno uneti u zapisnik.

⁴⁰ U predmetu Feldbruge Evropski sud je zauzeo stav da podnosilac predstavke nije dobio priliku da da svoj komentar iskaza sudskog veštaka, što je imalo odlučujući uticaj na ishod postupka (presuda od 29.05.1996, A.99 str.17 i 18)

⁴¹ Vidi čl.398.st.6.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

U slučaju razdvajanja krivičnog postupka prema saoptuženom ili pravosnažne osude saučesnika u drugom krivičnom postupku - on se ne sasluša kao svedok već se sud upoznaje sa sadržinom zapisnika o njegovom iskazu iz drugog postupka.⁴² Dakle, nije moguće ispitati ovo lice neposredno što znači da će se na izjavama okrivljenih iz drugih postupaka zasnivati sudske presude bez mogućnosti suda da neposredno sasluša i oceni dokazni kredibilitet jednog takvog iskaza. To nije moguće učiniti samo na osnovu čitanja papira, bez postavljanja dodatnih pitanja u cilju razjašnjenja i utvrđenja potpunog činjeničnog stanja. U drugom postupku saokrivljeni najčešće nije dovoljno ispitan na okolnost učešća konkretnog lica protiv kojeg se vodi postupak, niti je braniocu tog lica omogućeno da postavljanjem pitanja razjasni sve sporne okolnosti. Zbog toga je pravilnije pozvati ovo lice, pa makar i kao svedoka nego čitati njegov iskaz kao da je preminuo ili nestao.

5.NEPRAVILNA PRIMENA SUĐENJA U ODSUSTVU

5.1. PREŠIROKA ODSUPANJA OD PRINCIPA KONTRADIKTORNOSTI I NEPOSREDNOSTI

Ako okrivljeni ima ustavno pravo da zahteva da se pod istim uslovima kao svedoci optužbe ispituju svedoci odbrane postavlja se pitanje - da li je ustavnopravno prihvatljivo da se na glavnom pretresu čitaju iskazi svedoka optužbe koji su u istrazi saslušani od strane tužioca bez mogućnosti neposrednog postavljanja pitanja i unakrsnog ispitivanja, kao i da li je ustavnopravno prihvatljivo da se na glavnom pretresu čitaju iskazi svedoka optužbe u slučajevima kada nije bilo ni pokušaja da se omogući prisustvo odbrane jer je prema diskrecionoj proceni tužioca prisustvo okrivljenog ili branioca moglo da utiče na svedoka (čl.300.st.2) ili je svedok saslušan na osnovu prethodnog odobrenja sudije za prethodni postupak (čl.300.st.6) ili je svedok saslušan u istrazi koja se vodila protiv NN učinioca koji je u kasnijoj fazi postupka identifikovan. Dakle, reč je o procesnim situacijama u kojim tokom istrage nije bilo ni pokušaja da se omogući odbrani da uzme učešća u ispitivanju svedoka, a na osnovu čl.406.ZKP postoje uslovi za čitanje ovih iskaza na glavnom pretresu.

Ovde je reč o odstupanjima od principa neposrednosti i principa kontradiktornosti koja moraju biti restriktivno i propisana i shvaćena, jer čl.32.Ustava RS propisuje da 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, ispituju i svedoci odbrane. Elementarno je načelo da okrivljeni u krivičnom postupku mora imati delotvornu mogućnost osporiti dokaze protiv sebe. Ovo načelo zahteva da okrivljeni mora biti u mogućnosti da ispita istinitost i pouzdanost izrečenih tvrdnji tako što se svedoci usmeno ispituju u njegovom prisustvu. Dakle, u svim situacijama kada je svedok saslušan u istrazi bez pozivanja okrivljenog ili branioca nije moguće čitati njihove iskaze na glavnom pretresu jer okrivljenom nije bila pružena mogućnost da u krivičnom postupku ostvari svoje ustavno pravo iz čl.32.Ustava RS, koje je pretežnije od zakonske mogućnosti da i ovi iskazi budu formalno čitani. Ukoliko sudska praksa zauzme ovakav stav, tužiocu će biti suviše riskantno da čl.300.st.2.ZKP i čl.300.st.6.ZKP primenjuje ekstenzivno jer se na taj način izlaže riziku da neće moći da čita iskaz tog svedoka na glavnom pretresu ukoliko se steknu zakonom propisani uslovi.

Princip neposrednosti, princip kontradiktornosti i princip jednakosti oružja su na jedan vrlo kvalitetan način uređeni u R.Srpskoj i Federaciji BiH gde je kao načelo propisana obaveza suda da stranke i branioca tretira na isti način i da svakoj od strana pruži iste mogućnosti u pogledu pristupa dokazima i njihovom izvođenju na glavnom pretresu. (čl.14.st.1.ZKPRS) Iskaz svedoka koji je dat u istrazi ne može se koristiti ako je svedok prisutan na glavnom pretresu, a stranka koja traži da se iskaz dat u istrazi uzme u obzir kao dokaz na glavnom pretresu mora dokazati da je i pored svih uložениh napora da se osigura prisustvo svedoka na glavnom pretresu, svedok ostao nedostupan. (čl.231.st.2.ZKPRS) Iskazi dati u istrazi mogu se koristiti na glavnom pretresu samo

⁴² Vidi čl.406.st.1.tač.5.ZKP (Sl.Glasnik RS br.72/2011)

prilikom direktnog i unakrsnog ispitivanja ukoliko svedok odstupa od već datog iskaza i samo u funkciji provere verodostojnosti svedoka ili iskaza i u tom smislu se prilažu kao dokazni materijal. Izuzetno, zapisnici o iskazima datim u istrazi mogu se po odluci sudije odn. veća pročitati i koristiti kao dokaz na glavnom pretresu samo u slučaju ako su ispitana lica umrla ili trajno duševno obolela ili se ne mogu pronaći ili je njihov dolazak pred sud nemoguć ili je znatno otežan iz važnih razloga.(čl.288.st.1 i 2.ZKPRS)

5.2.SPORAZUMI O PRIZNANJU I SVEDOČENJU MORALI BI BITI POTKREPLJENI DOKAZIMA

Sporazum o priznanju krivičnog dela i sporazum o svedočenju okrivljenog ili osuđenog moraju biti potkrepljeni sa još nekim dokazom da je okrivljeni učinio krivično delo. Na ovaj način bi se eliminisala mogućnost da samo na osnovu lažnog iskaza neko bude osuđen, jer je realno očekivati da će mnogi okrivljeni lagati da bi ostvarili korist u vidu manje kazne koja im se obeća. Neophodno je da postoji mehanizam kojim se proverava kredibilitet i istinitost datog iskaza. U suprotnom biće dovedena u pitanje pravna sigurnost građana jer će biti dovoljna nečija lažna reč pa da neko bude osuđen.

ZKP Hrvatske poznaje imunitet od krivičnog gonjenja koji na kvalitetan način rešava problem verodostojnosti iskaza svedoka. Naime, ako svedok uskrati odgovor na pitanje jer bi time izložio sebe ili svoga bliskog srodnika krivičnom progonu, javni tužilac može izjaviti da neće preduzeti krivično gonjenje, ako je odgovor na pitanje i iskaz svedoka važan za dokazivanje krivičnog dela druge osobe i ako je verovatno da bi svjedok odgovorom na pitanje sebe ili svog srodnika izložio krivičnom progonu za krivično delo sa manjom propisanom kaznom od kazne koja je propisana za krivično djelo u odnosu na koje iskazuje, s tim što ovu izjavu uopšte ne može dati za krivično delo za koje je propisana kazna zatvora u trajanju od deset godina zatvora ili teža kazna.

Javni tužilac neće dati izjavu ako odgovor na pitanje nije potpun, okolnosan i potkrepljen drugim dokazima. Pisanu i overenu izjavu o nepreduzimanju krivičnog gonjenja javni tužilac predaje svedoku i ova izjava javnog tužioca je neopoziva s tim što se svedok može krivično goniti samo za davanje lažnog iskaza. (čl.286.ZKPH) Osuđujuća presuda ne može biti utemeljena isključivo na iskazu ovakvog svedoka (čl.298.ZKP)

Uslov da iskaz mora biti „potpun, okolnosan i potkrepljen drugim dokazima“ trebalo bi propisati i za sporazum, kao i pravilo da se sudska presuda ne može zasnivati u odlučujućoj meri na sporazumu koje zaključuje drugo lice.

6. PRAVO NA SUĐENJE U RAZUMNOM ROKU I UTVRĐIVANJE MATERIJALNE ISTINE

Pravo na suđenje u razumnom roku vrlo često se poistovećuje sa javnim interesom građana i države da krivični postupak bude što efikasniji. Međutim, ovde je reč o pravu građanina kome se sudi, a ne o obavezi države koja sudi da efikasno zaštiti građane od kriminaliteta. Nerazuman rok može biti i nerazumno dug i nerazumno kratak. Pravo na suđenje u razumnom roku predstavlja individualno pravo građanina i treba ga uvek sagledavati iz perspektive interesa pojedinca i u kontekstu ostvarenja prava na pravično suđenje čiji je sastavni deo. U suprotnom, stiče se utisak da insistiranjem na suđenju u razumnom roku povećavamo efikasnost u interesu pravičnosti. Načela pravičnost i efikasnost krivičnog postupka se po pravilu isključuju i nije ih moguće pomiriti na ovakav paradoksalan način. Neophodno je prepoznati normativna rešenja koja uspostavljaju odgovarajuću ravnotežu između ova dva načela pri čemu se pravo na suđenje u razumnom roku može posmatrati isključivo u kontekstu pravičnosti postupka i prava okrivljenog, a ne u kontekstu efikasnosti postupka i javnog interesa.

Nakon uvođenja tužilačke istrage i adversijalnog koncepta glavnog pretresa, u stručnoj javnosti se čuju zahtevi za uvođenjem načela materijalne istine na glavni pretres sa obrazloženjem da glavni pretres nije dovoljno efikasan. Uvođenje materijalne istine na glavni pretres bi suštinski poremetilo ravnotežu između efikasnosti i

pravičnosti postupka – koja se uspostavlja u odnosu na krivični postupka kao celinu, a ne u odnosu na svaku njegovu fazu ponaosob. Isto tako i pravo na suđenje u razumnom roku treba sagledavati u odnosu na postupak kao celinu, a ne samo u odnosu na glavni pretres. U uslovima tužilačke istrage koja je tajna i koja može trajati neograničeno dugo, ovo pravo je u većoj meri kompromitovano normativnim rešenjima koja uređuju istragu, nego normativnim rešenjima koja uređuju glavni pretres.

U uslovima tužilačke istrage - uvođenje načela materijalne istine na glavni pretres dovelo bi u pitanje ostvarenje prava okrivljenog na pravično suđenje. Tužilačka istraga je uvedena u cilju povećanja efikasnosti krivičnog postupka. Međutim, uvećana ovlašćenja tužioca u fazi istrage podrazumevaju adversijalni koncept glavnog pretresa na kojem se odbrani pruža mogućnost da ospori prikupljene dokaze kroz ravnopravnu i kontradiktornu javnu raspravu. Samo na ovaj način je moguće postići neophodnu ravnotežu između dva suprotstavljena načela krivičnog postupka – efikasnosti i pravičnosti.

Jednom rečju, u pravičnom krivičnom postupku adversijalni koncept glavnog pretresa predstavlja kontratežu i neophodan korektiv tužilačke istrage. Svako insistiranje na povećanju dokazne inicijative suda kod prikupljanja dokaza u potrazi za materijalnom istinom na glavnom pretresu dovodi u pitanje ostvarenje prava na pravično suđenje. Postojeće rešenje iz čl.15.st.4.ZKP prema kojem sud može intervenisati u dokazni postupak ima svojih prednosti - jer opredeljuje da to može činiti samo „izuzetno“, ali i svojih mana - jer određuje da to može činiti uvek „ako oceni da su izvedeni dokazi protivrečni ili nejasni i da je to neophodno da bi se predmet dokazivanja svestrano raspravio“ - što znači i u koristi optužbe. Sud ne sme pomagati javnom tužiocu u dokazivanju optužbe. Ovakva uloga suda bi devalvirala poverenje građana u sud, a uveren sam da se advokatura nikada ne bi saglasila sa konceptom koji podrazumeva da optužbu u fazi istrage dokazuje javni tužilac, a u fazi glavnog pretresa javni tužilac uz pomoć suda koji otklanja posledice tužilačkih propusta u potrazi za materijalnom istinom.

Moguće rešenje koje ne bi ugrozilo ostvarenje prava na pravično suđenje jeste rešenje prihvaćeno u Hrvatskoj - da sud može intervenisati u dokaznom postupku samo u korist okrivljenog. Za ovakvo rešenje moguće je naći uporište u presudama Evropskog suda za ljudska prava koji zauzima jedinstven stav povodom pitanja delotvornosti odbrane i pitanja odgovornosti za delotvornu odbranu ukazujući da sud ima „obavezu činjenja u pravcu obezbeđenja stvarnog i delotvornog poštovanje prava okrivljenog na pravičan postupak“. Dakle, aktivno postupanje suda na glavnom pretresu je opravdano samo u slučajevima kada odbrana nije dovoljno delotvorna ili kada okrivljeni nema branioca koji može valjano zaštititi njegova procesna prava. U takvim slučajevima se očekuje intervencija suda u cilju ostvarenja prava na pravično suđenje koje podrazumeva delotvornost odbrane. Isto tako, rešenje prema kojem sud može intervenisati u dokaznom postupku samo u korist okrivljenog bilo bi u funkciji ostvarenja prava na pravično suđenje. Dakle, sud bi mogao intervenisati u korist okrivljenog, ali ne i u korist javnog tužilaštva – jer pravo na pravično suđenje u krivičnom postupku predstavlja individualno pravo okrivljenog – građanina, a ne javnog tužioca kao državnog organa.

