



**УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ**

Милан Давидовић

**ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРОЦЕСНИХ ПРАВА У
КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ
(нормативни, теоријски и практични аспект)**

Докторска дисертација

Крагујевац, фебруар 2019. године

САДРЖАЈ

УВОДНА РАЗМАТРАЊА О ЗЛОУПОТРЕБАМА ПРОЦЕСНИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

1. Увод у проблем истраживања.....	9
2. Предмет истраживања.....	13
3. Хипотетички оквир истраживања.....	15
4. Научни и практични циљеви истраживања.....	17
5. Научна и друштвена оправданост истраживања.....	17
6. Методолошки оквир истраживања.....	18

ПРВИ ДЕО

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА, ОПШТА РАЗМАТРАЊА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ, ПРОЦЕСНИМ СУБЈЕКТИМА И ПРОЦЕСНИМ РАДЊАМА

Глава I

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА

1. Правно овлашћење.....	20
2. Субјективно право.....	21
2.1. Однос између објективног права и субјективног права.....	22
3. Злоупотреба субјективног права.....	24
3.1. Наставак размишљања о односу између објективног права и субјективног права.....	25
3.2. Појмовно одређење злоупотребе права.....	26
4. Историјски приказ развоја теорије злоупотребе права.....	29
4.1. Римско право.....	29
4.2. Средњи век.....	32
4.3. Нови век.....	33
5. Критеријуми за утврђивање злоупотребе права.....	37

5.1. Шиканозно вршење права	38
5.2. Бескорисно вршење права	40
5.3. Противциљно вршење права	43
5.4. Несразмерно вршење права	45
5.5. Непримерено вршење права	46
5.6. Противречно вршење права.....	48
5.7. Неморално вршење права.....	52
5.8. Неправично вршење права	55
6. Правни основ забране злоупотребе права.....	56
7. Правна природа и појам злоупотребе права	61
7.1. Спољна и унутрашња теорија злоупотребе права.....	61
7.2. Израз „злоупотреба права“ је погрешан.....	65
7.3. Правна природа злоупотребе права.....	65
7.4. Дефиниција злоупотребе права	68
8. Ширина примене института.....	69
8.1. Круг злоупотребљивих права	69
8.2. Злоупотреба права и процесноправни односи.....	71

Глава II

ОПШТА РАЗМАТРАЊА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ, ПРОЦЕСНИМ СУБЈЕКТИМА И ПРОЦЕСНИМ РАДЊАМА

1. Кривични поступак као правни однос и положај учесника у поступку	74
1.2. Кривични поступак као правни однос учесника у поступку.....	75
2.2. Кривичнопроцесни субјекти, њихов положај и права у кривичнопроцесном односу.....	77
2.2.1. Кривичнопроцесни субјекти и њихов положај у кривичном поступку ..	77
2.2.2. Права учесника у кривичном поступку (кривичнопроцесном односу) ..	79
2.2.2.1. Процесна права учесника у кривичном поступку	81
3. Субјективна кривичнопроцесна права	98
3.1. Појам, карактеристике, намена и вршење субјективног кривичнопроцесног права.....	100
3.1.1. Појам и карактеристике субјективног кривичнопроцесног права.....	101
3.1.2. Намена субјективних кривичнопроцесних права	108
3.1.3. Вршење субјективних кривичнопроцесних права	109
4. О интересима у кривичном поступку	110
4.1. Правни интерес.....	111
4.2. Правни интерес у кривичном поступку.....	112

4.3. Правни интерес учесника у кривичном поступку према одредбама Законика о кривичном поступку.....	119
4.4. Субјективно кривичнопроцесно право и адекватан процесноправни интерес	125
5. Кривичнопроцесна радња	126
5.1. Форма кривичнопроцесне радње.....	127

ДРУГИ ДЕО

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА И КРИВИЧНИ ПОСТУПАК

Глава I

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

1. Кратка историја института кроз анализу законских одредби, судску праксу и ставове правне теорије.....	131
1.1. Злоупотреба процесних права у законским текстовима.....	131
1.2. Одредбе о злоупотреби процесних права у Законнику о кривичном поступку Републике Србије.....	135
1.3. Одредбе о злоупотреби процесних права у другим кривичнопроцесним законима.....	139
1.4. Правна теорија и судска пракса и злоупотребе процесних права у кривичном поступку	141
2. Кривичнопроцесни појмови слични или у вези са злоупотребом права	143
2.1. Процесна дисциплина и забрана злоупотребе процесних права у кривичном поступку	144
2.2. Процесна тактика (стратегија) у кривичном поступку и кривичнопроцесне злоупотребе	145
2.3. Процесна савесност и принцип забране злоупотребе процесних права у кривичном поступку	152
2.4. Негативне појаве у кривичном поступку које нису злоупотреба права	157
2.4.1. Потпуна незаинтересованост органа поступка за поступање у конкретној кривичној ствари	157
2.4.2. „Правна неписменост“	160
2.4.2.1. Адвокат бранилац није способан да окривљеном пружи адекватну и делотворну одбрану.....	161
2.4.2.2. Јавни тужилац и пресуда којом се оптужени ослобађа од оптужбе јер дело за које је оптужен по закону није кривично дело	163
2.4.2.3. Груби немар и незнање у раду судија и службеника суда	165
3. Злоупотреба права у кривичном поступку.....	168

3.1. Неколико дефиниција процесне злоупотребе из пера теорије процесног права.....	168
3.2. Кривичнопроцесна радња злоупотребе.....	171
3.3. Унутрашња теорија злоупотребе права примењена на субјективна кривичнопроцесна права.....	173
3.4. Садржина процесне радње вршења субјективног процесног права.....	175
3.4.1. Елементи садржине (границе, принципи вршења) субјективних кривичнопроцесних права.....	175
3.4.1.1. Принцип вршења кривичнопроцесног права у складу са његовом наменом (циљем, сврхом).....	177
3.4.1.2. Принцип разумног вршења кривичнопроцесног права.....	181
3.4.1.3. Принцип моралног вршења кривичнопроцесног права.....	185
3.4.1.4. Принцип вршења кривичнопроцесног права ради остварења законом заштићеног интереса.....	189
3.4.1.5. Принцип сразмерног вршења кривичнопроцесног права.....	189
3.4.1.6. Принцип правичног вршења кривичнопроцесног права.....	192
3.4.1.7. Принцип примереног вршења кривичнопроцесног права.....	195
4. Вршење радње злоупотребе кривичнопроцесног права.....	199
5. Појам злоупотребе кривичнопроцесних права.....	204
6. Правна природа злоупотребе процесног права у кривичном поступку.....	205
6.1. Мишљења о правној природи процесне радње злоупотребе у правној теорији.....	205
6.2. Правна природа кривичнопроцесне злоупотребе.....	210

Глава II

ОБЛИЦИ (ВИДОВИ) КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ ЗЛОУПОТРЕБА

1. Одређеност облика (видова) кривичнопроцесних злоупотреба.....	215
1.1. О облицима (видовима) злоупотреба кривичнопроцесних права у процесноправној доктрини.....	215
1.2. Одређеност облика (видова) процесних злоупотреба у Законнику о кривичном поступку.....	220
2. Конструкција облика (видова) злоупотреба у кривичном поступку.....	222
2.1. Злоупотреба шиканозним вршењем кривичнопроцесних права.....	224
2.2. Злоупотреба бескорисним (безинтересним) вршењем кривичнопроцесних права.....	234
2.3. Злоупотреба непримереним вршењем кривичнопроцесних права.....	235
2.4. Злоупотреба несразмерним вршењем кривичнопроцесних права.....	240
2.5. Злоупотреба противциљним вршењем кривичнопроцесних права.....	241
2.6. Злоупотреба неразумним вршењем кривичнопроцесних права.....	245

2.6.1. Уопште о процесној злоупотреби неразумним вршењем кривичнопроцесних права	245
2.6.2. Злоупотреба неразумним вршењем процесног права (у ширем смислу)	246
2.6.3. Злоупотреба противречним (контрадикторним) вршењем процесних права (процесни <i>venire contra factum proprium</i>)	251
2.7. Злоупотреба неправичним вршењем кривичнопроцесних права.....	258
2.8. Злоупотреба неморалним вршењем кривичнопроцесних права	263

Глава III

КЛАСИФИКАЦИЈЕ ЗЛОУПОТРЕБА ПРОЦЕСНИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

1. Злоупотребе процесних права у поступцима пред државним органима	271
2. Класификације злоупотреба процесних права у кривичном поступку.....	272
2.1. Злоупотреба кривичног поступка и злоупотребе процесних права у кривичном поступку	272
2.2. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према субјектима који их врше.....	277
2.3. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према стадијуму (фази) поступка у којој су извршене	281
2.4. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према природи понашања субјеката који их врше (процесне злоупотребе извршене чињењем и злоупотребе извршене пропуштањем).....	282
2.5. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према последицама које изазивају (оне којима се узрокује шкођење и оне којима се наноси штета)	285
2.6. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према својственој карактеристици (просте и сложене).....	287
2.7. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према квантитативној карактеристици (једнократне и вишеструке).....	288
2.8. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране једног или од стране више лица (саизвршилаштво у процесној злоупотреби) .	293
2.9. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку с обзиром на то која се последица хтела постићи злоупотребом	301
2.10. Свршене и злоупотребе процесних права у кривичном поступку које су остале у покушају.....	302
3. Друге класификације кривичнопроцесних злоупотреба.....	303
3.1. Злоупотребе уставних права у кривичном поступку и права дефинисаних у кривичнопроцесном закону.....	303
3.2. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према објекту којем се наноси штета извршењем злоупотребе	304

3.3. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према степену утицаја на исход поступка (које утичу и које не утичу на исход поступка).....	307
3.4. Системске и несистемске злоупотребе процесних права у кривичном поступку	307

Глава IV

ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРОЦЕСНИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ПРЕМА СУБЈЕКТУ ИЗВРШЕЊА

1. Злоупотребе процесних права полиције у кривичном поступку	310
2. Злоупотребе процесних права оптужбе у кривичном поступку	315
2.1. Злоупотребе процесних права јавног тужиоца у кривичном поступку.....	315
2.2. Злоупотребе процесних права приватног тужиоца у кривичном поступку	320
2.3. Злоупотребе процесних права оштећеног и његовог пуномоћника у кривичном поступку	321
2.4. Злоупотребе процесних права оштећеног као тужиоца у кривичном поступку	324
3. Злоупотребе процесних права одбране у кривичном поступку.....	326
4. Злоупотребе процесних права суда у кривичном поступку.....	343
4.1. „Преусмеравајуће“ злоупотребе кривичног суда (злоупотреба права на преношење месне надлежности).....	345
4.2. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране првостепеног суда	347
4.3. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране другостепеног суда.....	351

Глава V

ПРЕВЕНЦИЈА КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ ЗЛОУПОТРЕБА

1. Нормативна превенција злоупотреба процесних права у кривичном поступку	354
1.1. Забрана злоупотребе права на нивоу Устава.....	354
1.2. Нормативна превенција злоупотреба процесних права у кривичном поступку на нивоу Законика о кривичном поступку.....	355
1.2.1. Забрана злоупотребе процесних права као основни принцип кривичног поступка и дефинисање процесне злоупотребе	355
1.2.2. Конкретизација принципа забране злоупотребе кривичнопроцесних права и нормативне дефиниције процесне злоупотребе	359
1.2.3. Позитивисање кривичнопроцесних злоупотреба.....	362
1.3. Законик о кривичном поступку као извор процесних злоупотреба	373

1.4. Позитивисање (превенирање) кривичнопроцесних злоупотреба као кривичних дела.....	375
2. Судска превенција злоупотреба процесних права у кривичном поступку	381
2.1. Границе у којима може да се креће кривични суд у спречавању (превенцији) злоупотреба процесних права	383
2.2. Поступање суда <i>contra legis</i> ради заштите интереса поступка од процесних злоупотреба?	386
2.3. Судска пракса као извор злоупотреба процесних права у кривичном поступку	390

Глава VI

ДОКАЗИВАЊЕ И КВАЛИФИКАЦИЈА ЗЛОУПОТРЕБА ПРОЦЕСНИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

1. Препознавање и доказивање злоупотребе процесних права у кривичном поступку.....	395
1.1. Препознавање процесне злоупотребе као могућности.....	395
2.1. Доказивање процесне злоупотребе.....	399
3.1. Квалификација процесне злоупотребе	407
3.1.1. Материјалноправни аспект квалификације кривичнопроцесне злоупотребе	407
3.1.2. Формалноправни аспект квалификације кривичнопроцесне злоупотребе	410
ЗАКЉУЧЦИ И ПРЕДЛОЗИ <i>DE LEGE FERENDA</i>	418
Л и т е р а т у р а.....	427

УВОДНА РАЗМАТРАЊА О ЗЛОУПОТРЕБАМА ПРОЦЕСНИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

1. Увод у проблем истраживања

У последњој деценији сведоци смо врло честих и бурних промена закона који регулишу судске процедуре. Ове промене посебно су изражене у законима који регулишу кривични поступак.

Кривично процесно право је систем правних прописа којима се одређују кривичнопроцесни субјекти и регулишу њихови кривичнопроцесни односи који настају предузимањем кривичнопроцесних радњи, све са циљем расветљења и решења кривичне ствари као предмета и задатка кривичног процесног права.¹

Кривично процесно право је фундаментално средство државе у борби против криминалитета. Као научна дисциплина оно за свој предмет посматра кривичну ствар (*causa criminalis*), решава је и на њу примењује материјално кривично право. Овај задатак остварује се у кривичном поступку. Његов циљ је доношење правноснажне судске одлуке, осуђујуће или ослобађајуће. Судској одлуци претходе радње процесних субјеката које се предузимају у кривичном поступку. Ове процесне радње морају да се обављају, предузимају на основу закона којим су регулисана њихова процесна права и обавезе. Најзад, о законитости свог поступања мора да води рачуна и сам кривични суд који је једини овлашћен да реши кривичну ствар.²

Кривичнопроцесне радње су законом предвиђене и уређене делатности кривичнопроцесних субјеката које се предузимају у кривичном поступку ради расветљења и решења кривичне ствари, односно остваривања кривичнопроцесног

¹ С. Бејатовић, *Кривично процесно право, друго допуњено издање*, „Службени гласник“ Београд, 2010., 31.

² С. Бејатовић *op.cit.*, 33.

здатка.³ Кривични суд је, дакле, обавезан да у току кривичног поступка пази на законитост процесних радњи, како својих, тако и других кривичнопроцесних субјеката, и да у ситуацијама у којима је угрожена реагује.

Међутим, у пракси у току преткривичног и кривичног поступка могуће су и догађају се ситуације у којима је радња вршења права коју је предузео кривичнопроцесни субјекат законом предвиђена и уређена, али да њена сврха, суштински, делимично или у потпуности није усмерена на решење кривичне ствари, већ, нпр., на одуговлачење или чак потпуно осујећење поступка.

У оваквим случајевима говоримо о злоупотребама процесних права у кривичном поступку од стране процесних субјеката.

У току израде овог рада у Србији дошло до измене закона којим је регулисано кривично процесно законодавство. Престао је да важи ранији Законик о кривичном поступку (у даљем тексту: ЗКП) из 2001. године,⁴ донет је нови Законик о кривичном поступку из септембра 2011. године,⁵ који је у примени од 15. јануара 2012. (односно 15. јануара 2013.) године.

Оба законска текста садрже одредбе које се односе на злоупотребе процесних права. Оне су сличне, а опет врло различите. Одредба Законика о кривичном поступку из 2001. је шира, свеобухватнија, наиме, у члану 16. став 1. овог закона наведено је: „Суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку“. Одредба члана 14. став 1. Законика о кривичном поступку из 2011. смештена је под наслов „Суђење у разумном року“, много је ужа и гласи:

„Суд је дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка“.

Међутим, ни у једном од ових закона у другим одредбама не дефинише се, нити се ближе објашњава шта су злоупотребе права која припадају лицима која учествују у поступку, како оне усмерене на одуговлачење поступка, тако и друге. Такође, не наводи се на који начин ће кривични суд да испуни своју обавезу „... и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку“.

³ С. Бејатовић *op.cit.*, 253.

⁴ „Службени лист Савезне Републике Југославије”, бр. 70/01 и 68/02 и „Службени гласник Републике Србије” бр. 58/04, 85/05, 85/05 – др. закон, 115/05, 49/07, 20/09 – др. закон, 72/09 и 76/10.

⁵ „Службени гласник Републике Србије” бр. 72/11.

Слично као и законодавац, ни кривичнопроцесна теорија се не изјашњава изричито шта је злоупотреба процесних права у кривичном поступку. Истина, у теорији постоје мишљења која се баве процесним злоупотребама, али као узгредном околношћу, као појавом која постоји, која се подразумева, без улажења у суштину ствари и дефинисање правног појма процесне злоупотребе. Мишљења о процесним злоупотребама су у теорији толико спорна да се разилазе у вези околности да ли је конкретно процесно поступање учесника у поступку процесна злоупотреба или вршење процесног права, односно, које су то кривичнопроцесне радње којима се злоупотребљавају кривичнопроцесна права која припадају учесницима у поступку.

Најзад, изузетно су ретке ситуације забележене у пракси српских судова да је одређена процесна радња кривичнопроцесног субјеката оцењена као процесна злоупотреба и као таква санкционисана. Још су ређе ситуације да је конкретна процесна радња кривичнопроцесног субјектата оцењена као радња извршења кривичног дела и као таква процесуирана.

Са друге стране, у теорији је примећено да се не посвећује превише пажње поступањима јавног (државног) тужиоца у кривичном поступку, те да треба истражити тзв. тужилачке грешке које се састоје у неоснованом оптуживању,⁶ такође, да се не посвећује довољно пажње улози браниоца у настојању да се у кривичном поступку утврди истина.⁷ Такође, постоје разматрања аутора о грешкама суда у кривичном поступку.⁸

У току 2014. године, финансирана од стране Мултидонаторског повереничког фонда за подршку сектору правосуђа у Србији (*Multi Donor Trust Fund for Justice Sector Support* (MDTF-JSS)), обављена је функционална анализа правосуђа у Србији. Анализирано је функционисање система српског правосуђа. Подаци наведени у овом извештају прикупљани су у току 2014. године, а односе се на период извештавања од 1.1.2010. до 30.6.2014. године. У извештају је, између осталог, наведено: „Правосудни систем Србије генерално бележи слабији учинак у поређењу са земљама чланицама ЕУ. У смислу ефикасности, систем се бори са наслеђем бирократије. Нови предмети показују бољи темпо у процесуирању, а неколико параметара ефикасности се налази у оквиру или близу опсега који се тренутно бележи у земљама чланицама ЕУ. Међутим, судови су

⁶ Ђ. Игњатовић, *Криминологија*, Десето измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010., 156.

⁷ Ђ. Игњатовић, *op.cit.*, 157.

⁸ С. А. Пашин, *Проблема судебной ошибки*, електронски извор, доступно на <http://artshamardin.narod.ru/files/students/sudoustr/article/25.doc>, приступ 19.4.2014.

затрпани старим предметима који су занемарени. Волшебни процеси изазивају кашњења, а странке злоупотребљавају процедуру без икакве провере (курзив М.Д.). Лоши нацрти закона, недоследна судска пракса и висока стопа жалби утичу на квалитет правосудних услуга. [...]“.⁹

Штетно дејство процесних злоупотреба је многоструко. Међутим, најразорнији учинак процесних злоупотреба огледа се у односу на сам поступак. Такав утицај процесних злоупотреба на поступак уочен је како од процесноправне теорије, тако и у пракси. Тако, Савет за питања унапређења правосуђа, при Председништву Руске Федерације, разматрајући у марту 2005. године проблеме актуелне правне праксе, закључио је да главни проблем за судску власт представљају злоупотребе права које се чине од стране учесника у судским поступцима.¹⁰

Процесне злоупотребе директно доводе до лошег функционисања апарата правде било које државе. Conceição Gomes је навео да криза правде није проблем специфичан за конкретан правни систем (Португал). Прелази границе и присутан је у земљама различитих култура, друштава и економија. То је глобални феномен који има веома специфичне нијансе и испољавања, али и веома специфичан, са различитим интензитетом. Иако постоје специфичности у многим земљама, приступ правди је снажно погођен дуготрајним поступцима. Спорост правде је у медијима једногласно призната као један од најозбиљнијих проблема садашњих правосудних система, са веома високим друштвеним, политичким и економским трошковима. Може, на пример, помоћи у скривању злочина, издиже алтернативне незаконите форме решавања спорова, као што су наплате дугова, или употреба освете, или ван-економске инвестиције.¹¹ Joan Picó i Junoy је навео да је један од највећих проблема који погађају шпанско правосуђе његова лоша слика у јавности. Нажалост, грађани сматрају да је у многим случајевима интерес неке од странака у спору да се окончање спора што је могуће више одложи и да се злонамерно произведу разне врсте недостатака и сметњи, као и да спорост правосуђа првенствено користи бескрупулозним, несавесним људима.¹²

⁹ Multidonatorski poverenički fond za podršku sektoru pravosuđa u Srbiji: *Funkcionalna analiza pravosuđa u Srbiji, Kratak pregled nalaza sa preporukama*, oktobar 2014., 4.

¹⁰ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами: трудности правоприменительной практики*, доступно на: <http://www.lawmix.ru/comm/8859>, приступ 23.10.2014.

¹¹ С. Gomes, *O Tempo dos Tribunais: Um estudo sobre a morosidade da Justiça*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003., 12.

¹² J. Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal*, dostupno na: <http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20ROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Junoi.pdf>, pristup 20.10.2014.

Слично стање констатовано је и у српском правосуђу, наиме, да грађани, по правилу, нису задовољни радом судова. Незадовољство грађана потиче више због начина на који судови раде, него због садржине судских одлука, посебно због спорости судског поступка, која је, нарочито у неким крајевима земље, запрепашћујућа. Појава се посматра као ствар администрирања једне државне службе, што она у одређеној мери и јесте, али кад се та мера пређе, проблем се претвара у значајно политичко питање.¹³

2. Предмет истраживања

Из претходних навода већ се може одредити предмет овог научног истраживања. Дефинисаћемо га на следећи начин: *Злоупотребе процесних права у кривичном поступку (нормативни, теоријски и практични аспект).*

Предмет истраживања је систематизован у неколико делова рада.

У *уводним разматрањима* говоримо о уводу у проблем истраживања, објашњен је предмет и циљ истраживања, оправданост истраживања, хипотетички и методолошки оквир истраживања, говоримо о изворима података.

У *првом делу* рада бавимо се правним појмовима и институтима који не би требало да буду спорни, а, опет, неопходно их је размотрити због разумевања предмета истраживања.

У *првом поглављу* рада објашњавамо шта је злоупотреба права. Ово је неопходно, јер без разумевања опште теорије злоупотребе права не може се појмити и разумети злоупотреба права у кривичном поступку. У теорији преовлађује мишљење да је злоупотреба процесних права у судском поступку само део веће целине, опште теорије злоупотребе права. Међутим, већ на почетку истраживања постоји проблем, наиме, у теорији не постоји јединствено мишљење шта је злоупотреба права. У првом поглављу рада изложићемо појам злоупотребе права који прихватамо, генезу института и његову правну природу.

У *другом поглављу првог дела* третирамо кривични поступак као правни однос учесника у поступку, те суму кривичнопроцесних права учесника у поступку. С обзиром на то да је злоупотреба процесних права неодвојиво везана за субјективна процесна права, утврђујемо шта је субјективно кривичнопроцесно право и како се врши у

¹³ М. Grubač, Т. Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, trinaesto izdanje, „Projuris“, Beograd, 2014., 65-66.

поступку. Опет, неодвојиви део субјективног процесног права је интерес који се њиме остварује, односно штити, те истражујемо правни интерес у кривичном поступку. Без разраде ових правних појмова не може се разумети злоупотреба права у кривичном поступку.

У другом делу рада бавимо се предметом истраживања, злоупотребом процесних права у кривичном поступку.

У првој глави другог дела рада говоримо о злоупотреби права у кривичном поступку. Пре расправе о централној теми било је неопходно да се осврнемо на процесне појмове сличне или у вези са злоупотребом процесних права. С обзиром на то да процесна злоупотреба није одређена у процесном закону, али ни у правној теорији, ни у судској пракси, одредили смо њен појам са ослоном на општу теорију злоупотребе права, одредбе Законика о кривичном поступку у чијим наборима су, посредно, дефинисани принципи (границе) вршења субјективних процесних права, те казуистику. У овом делу рада утврђујемо појам кривичнопроцесне злоупотребе и износимо своје мишљење о њеној правној природи.

У другом поглављу другог дела рада, у којем истражујемо радњу извршења кривичнопроцесне злоупотребе, утврђујемо видове у којима се појављују кривичнопроцесне злоупотребе, односно начине на које се процесна злоупотреба манифестује у поступку.

У теорији постоје покушаји да се сазнања о процесним злоупотребима класификују у целовит, заокружен, потпун систем знања. *У трећој глави другог дела* рада представљамо ове класификације, уз неопходне корекције које произилазе из сопствених спознаја и размишљања о проучаваном феномену. Дакле, у овом делу рада разматрамо кривичнопроцесне злоупотребе као елементе целовитог система који чине.

Једна од класификација процесних злоупотреба је она са аспекта њихових извршилаца. Извршиоци процесних злоупотреба су учесници у судском кривичном поступку којима су процесним законом додељена процесна права. Међутим, не може сваки учесник у поступку да учини било коју процесну злоупотребу. *У четвртој поглављу другог дела* рада, уз помоћ казуистике, изнели смо кривичнопроцесне злоупотребе које најчешће у пракси врше поједини учесници у поступку.

Кривичнопроцесне злоупотребе су неправо које чине учесници у судском кривичном поступку. Законик о кривичном поступку обавезао је суд да у току поступка онемогући сваку злоупотребу права. Онемогућавање злоупотребе односи како на онемогућавање, спречавање радње кривичнопроцесне злоупотребе, тако и на

елиминацију, санирање њене последице. У *петом поглављу другог дела* рада изучавали смо факторе превенције кривичнопроцесних злоупотреба. Они се налазе у Законнику о кривичном поступку, у објективној правној норми, такође, у реалном поступању учесника у кривичном поступку. У овом делу рада анализирали смо одредбе законских норми, како постојеће, тако и оне које треба уградити у процесни закон, које превенирају процесне злоупотребе. Најзад, и оне које су плодно тле за процесне злоупотребе. Такође, анализирали смо могућности суда и других учесника у поступку на превенцији кривичнопроцесних злоупотреба.

Процесне злоупотребе учесника у кривичном поступку нису вршење права, већ неправо. Злоупотребе процесних права учесника у поступку су процесне радње које су формално законите, али које, опет, нису дозвољене због недостатака у садржајној, материјалној сфери субјективног процесног права. Међутим, зато што садрже формалну законитост (предузете су са позивом на одредбу Законика о кривичном поступку којом је право дато титулару права) оне, на први поглед, дају привид *стварно законитог* вршења права учесника у поступку. Често је врло тешко проценити да ли је вршење субјективног процесног права учесника у поступку законито вршење права, или процесна злоупотреба. Опет, да би се конкретно процесно понашање спречило, онемогућило као злоупотреба права, оно претходно мора да се утврди, правно квалификује као такво. Злоупотреба процесних права у судском поступку је недопуштена без обзира од кога потиче, и мора се спречити. Да би се конкретно процесно поступање квалификовало као злоупотреба, оно се мора доказати као такво. Квалификација конкретног процесног поступања као злоупотребе процесног права заснива се на утврђивању те претпоставке или чињенице уз помоћ доказа. У *шестој глави другог дела* рада посебну пажњу смо посветили управо овом проблему, доказивању и квалификацији злоупотреба процесних права у кривичном поступку.

У *завршном делу* рада изложили смо закључна разматрања, као и предлоге у циљу унапређења Законика о кривичном поступку у односу на процесне злоупотребе.

3. Хипотетички оквир истраживања

3.1. *Основна (општа) хипотеза.* Кривичнопроцесне радње су законом предвиђене и уређене делатности кривичнопроцесних субјеката које ови употребљавају, предузимају

у кривичном поступку ради утврђивања истине и расветљења и решења кривичне ствари, односно остваривања кривичнопроцесног задатка.

Међутим, у току кривичног поступка кривичнопроцесни субјекти могу да злоупотребе своја процесна права.

У истраживању смо кренули од хипотезе да су злоупотребе процесних права у кривичном поступку процесноправна чињења или нечињења (пропуштања) кривичнопроцесних субјеката која су законом дозвољена и уређена, али у конкретном случају њихова сврха, делимично или потпуно, није усмерена на решење кривичне ствари, већ на шиканирање других кривичнопроцесних субјеката, одуговлачење кривичног поступка или потпуно осујећење расветљења и решења кривичне ствари.

3.2. Посебне хипотезе. При разматрању предмета истраживања пошли смо од следећих хипотетичких ставова:

1. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку учињене од стране кривичнопроцесних субјеката су комплексан феномен који има велики број појавних облика.

2. Било који кривичнопроцесни субјект, ради остварења својих интереса, може у току кривичног поступка да злоупотребе своја процесна права. У циљу остварења и ефикасности кривичног поступка ове злоупотребе морају да буду спречене од стране органа поступка, односно, јавног тужиоца, суда или другог државног органа пред којим се води поступак.

3. Садашње законско решење кривичног поступка не садржи у себи адекватне и ефикасне начине и механизме за осујећење, односно спречавање злоупотреба процесних права кривичнопроцесних субјеката.

4. Неопходно је истражити све појавне облике злоупотреба процесних права од стране кривичнопроцесних субјеката до нивоа научног објашњења и осмислити ефикасне начине и механизме за њихово осујећење, односно спречавање. Нова сазнања треба да буду уграђена у закон који регулише кривични поступак. На тај начин побољшаће се ефикасност и брзина кривичног поступка, а смањити његови трошкови. Све ово утицаће на ефикаснију борбу државе против криминалитета и позитивну перцепцију органа гоњења и правосуђа од стране јавности.

4. Научни и практични циљеви истраживања

Истраживање за *општи циљ* има добијање валидних и научно верификованих теоријских и емпиријских сазнања о злоупотреби процесних права учесника у кривичном поступку и њеним појавним облицима.

Научни циљ истраживања је стицање сазнања на нивоу научне дескрипције и класификације, с тежњом да се злоупотребе процесних права процесних субјекат у кривичном поступку истраже до нивоа научног објашњења.

Практични циљ истраживања је покушај да се дође до сазнања у којој мери појавни облици злоупотреба процесних права учесника у кривичном поступку утичу на, пре свега, могућност да се уопште спроведе кривични поступак, а затим и на његов квалитет, економичност и ефикасност, те да се изнађу начини да се злоупотребе процесних права у кривичном поступку осујете у пракси и кривични поступак спроведе, односно, да се то учини квалитетно, на најбржи и најјекономичнији начин.

Резултати теоријског и емпиријског истраживања могу представљати основу за евентуалне будуће измене Законика о кривичном поступку у циљу постизања што веће ефикасности преткривичног и кривичног поступка.

5. Научна и друштвена оправданост истраживања

Истраживање има научну и друштвену оправданост јер његови резултати треба да допринесу научној верификацији одређених појава у кривичном поступку које раније нису обрађиване од стране теорије кривичног процесног права.

5.1. *Научна оправданост истраживања.* Суштина научне оправданости истраживања огледа се у освајању нових и проширивању и продубљивању постојећих знања на нивоу научне дескрипције и класификације у домену ефикасности кривичног поступка.

Истраживањем злоупотреба процесних права у кривичном поступку доћићемо до нових сазнања о њиховим појавним облицима, у којој мери оне шкоде, пре свега, самом поступку, а затим и другим учесницима у поступку, како утичу на економичност и ефикасност поступка. Резултати овог истраживања свакако могу имати утицаја на евентуалне будуће измене Законика о кривичном поступку у циљу смањења трајања поступка, а да то истовремено не буде на штету утврђивања истине.

5.2. *Друштвена оправданост истраживања.* Друштвена оправданост истраживања је у уској вези са научном оправданошћу, а огледа се у чињеници да ће добијени резултати истраживања утицати на брзину и економичност кривичног поступка, односно смањење трајања и трошкова кривичног поступка и тиме позитиван однос друштва уопште према правосуђу као облику власти у држави Србији.

6. Методолошки оквир истраживања

Дефинисани предмет и циљ овог истраживања захтевао је мултидисциплинарни приступ и бројне методе.

У истраживању је коришћен *историјскоправни метод* при утврђивању историјског развоја идеје злоупотребе права, као и изучавањем феномена, злоупотребе кривичнопроцесних права.

У истраживању су коришћени *метод изучавања појединачних случајева*. На основу сазнања о конкретним случајевима злоупотребе процесних права у кривичном поступку у пракси добијених од судија посветићено се изучавању тих конкретних случајева.

Ова метода је комбинована са *методом анализе садржаја* и *компаративним методом*, ради утврђивања особености појединих случајева злоупотребе процесних права у кривичном поступку, а затим сагледавања њихових заједничких карактеристика.

У истраживању су коришћени и посебни научни методи као што су *анализа, синтеза, индукција, дедуција, апстракција и генерализација*. Овим методама утврђен је појам злоупотребе кривичнопроцесних права, при чему је појам кривичнопроцесне злоупотребе изведен анализом општег појма злоупотребе права, а затим синтезом битних елемената, конституенса кривичнопроцесне злоупотребе.

У истраживању је коришћен *систематски метод*.

Посебна пажња у току истраживања посвећена је *упоредноправном методу* којим су истраживани случајеви злоупотреба процесних права уочени у страним кривичнопроцесним системима. Казуистика страних кривичних судова по овом питању разматрана су паралелно са злоупотребама процесних права уоченим пред српским кривичним судовима.

ПРВИ ДЕО

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА,

ОПШТА РАЗМАТРАЊА О КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ, ПРОЦЕСНИМ СУБЈЕКТИМА И
ПРОЦЕСНИМ РАДЊАМА

Глава I

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА

Злоупотреба права, као правни појам, изнедрена је из окриља правних овлашћења, а неодвојиво је везана за појам субјективног права.

Правни поредак, као део друштвеног поретка који је регулисан правом и који представља јединство правних норми, људског понашања по тим нормама и правних вредности у конкретном друштву у датом историјском тренутку, прописује правним нормама да су људске радње регулисане правом оне које право или допушта или наређује или забрањује. Допуштене радње чине садржину овлашћења (субјективна права и надлежности), наређене радње чине садржину правних обавеза (дужности), а забрањене радње чине прекршаје (деликте).¹⁴

Правни поредак је, дакле, са нормативног аспекта састављен од овлашћујућих, наређујућих и забрањујућих норми.

При том, према учењу класичне правне теорије све људске правно релевантне радње (правне акте, телесне или психичке радње) дели на радње сагласне праву и прекршаје (кршења права, деликте).¹⁵

1. Правно овлашћење

Задржаћемо се на правним овлашћењима које правни поредак даје субјектима права.

Правно овлашћење је *могућност* одређеног понашања субјекта које он може да врши тако да то његово понашање штити правни поредак. У једном случају то значи да његово понашање ниједно друго лице не сме да спречава, односно, субјект обавезе је обавезан на пасивно понашање, на нечињење, дужан је да трпи понашање на које је

¹⁴ Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутић, Д. М. Митровић, *Увод у право*, Седамнаесто издање, Јавно предузеће Службени лист СРЈ, Београд, 2001., 441.

¹⁵ Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутић, Д. М. Митровић, *op.cit.*, 428.

субјект овлашћења овлашћен. У другом случају правно овлашћење значи да је неки други субјект права дужан да се понаша на начин на који му одреди субјект овлашћења, дакле, субјект обавезе је сада обавезан на активно понашање, чињење, које субјект овлашћења одређује. Ако субјект обавезе, у оба случаја, поступа противно вољи субјекта овлашћења – чини прекршај.

Правно овлашћење је дато субјекту права да би могао да оствари неки интерес. Овај интерес је такав да је друштво, на основу објективних критеријума (објективни интерес) утврдило да га треба обезбедити, заштитити правом.¹⁶

С обзиром на однос субјекта овлашћења према интересу који тим својим овлашћењем остварује, постоје две врсте правног овлашћења: субјективно право и надлежност.

Задржаћемо се на субјективном праву.

2. Субјективно право

Појам „субјективно право“ је један од централних и фундаменталних у правној науци. Субјективно право је правно овлашћење субјекта права ради заштите свог сопственог интереса. Субјективно право подразумева меру слободе титулара права. Таква су овлашћења право својине на ствари, право да се захтева купљена ствар, али и право да се лице обрати тужбом суду, или право да се у судском поступку брани од навода тужиоца. Постоји велики број субјективних права. У одређењу појма субјективног права у правној теорији се инсистира на томе да је његова суштина управо у заштити сопственог интереса субјекта права. Овај интерес је оличен и нераскидиво везан за субјекта права и његово правно овлашћење.¹⁷ На основу субјективног права титулар је потпуно слободан да се понаша како жели ради остваривања сопственог интереса, али у границама које су одређене нормама објективног права. Мера слободе титулара права ограничена је, креће се у границама које су поставиле норме објективног права којим је ова слобода дата титулару. Дакле, иако се субјективна права врше у интересу субјекта, морају да се врше сагласно објективном праву.

Субјекту је дозвољено да самостално одлучује о свом праву. Располагање својим правом, односно, вршење права је конкретно испољавање титулара права. Субјективна

¹⁶ Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутић, Д. М. Митровић, *op.cit.*, 419.

¹⁷ М. Симић, С. Ђорђевић, Д. Матић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009., 309.

права осигуравају слободу, иницијативу и независност титулара права. Субјективно право је *могућност* субјекта права. Субјект права може да врши своје субјективно право, а може и да га не врши. При вршењу субјективних права интереси и потребе субјекта права прелазе из делокруга жеља у сферу стварног. Уколико жели, он ће да заштити сопствени интерес позивајући се на своје субјективно право. У том смислу и треба схватити ову могућност. Њоме се никако не умањује правни значај субјективног права и снага његовог правног дејства. Уколико процени да, из било ког разлога заснованог на његовој слободној вољи, не жели да се користи субјективним правом, субјект права то неће учинити, те ће његов интерес остати незаштићен. Вршење субјективног права зависи од његове воље, у оквиру које може да се понаша чак и ирационално, противно сопственом интересу, не позивајући се на своје субјективно право.¹⁸

Садржај субјективног права чине три овлашћења: 1) право на сопствене радње (право на сопствено законито понашање), 2) право на радње других лица (право на законито понашање других лица), најзад, 3) право на заштиту (право на радње од стране државних органа). Неотуђиво својство сваког субјективног права је његова гарантованост. Није довољно да се титулару права само додели одређено субјективно право; морају да постоје и гаранције за његово вршење без препрека. Титулар има право на ангажман правног поретка по питању санкционисања правног субјекта који има одређену правну обавезу, уколико је не поштује.¹⁹

2.1. Однос између објективног права и субјективног права

Субјективна права су одређена нормама објективног права. Ова једноставна чињеница поставља пред нас питање односа објективног и субјективног права.

Посматрано са формалног аспекта објективно право чине правне норме, док субјективно право произилази из објективног права, права прописаних у нормама, и везује се за одређеног субјекта права. Субјективно право је одређено, утврђено и ограничено нормама објективног права у оквиру правног поретка. Уколико оно није утврђено објективним правом, лице се не може позивати на субјективно право. Тек ваљан правни основ субјективног права омогућава његовом субјекту да добије правну заштиту. Ово је правна претпоставка за постојање субјективног права.²⁰

¹⁸ М. Симић, С. Ђорђевић, Д. Матић, *op.cit.*, 309-312.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ *Ibid.*

На овај начин посматрано субјективно право је *могућност, овлашћење* лица да оствари своје интересе у мери понашања дозвољеног објективним правом, обезбеђено законским обавезама других лица.

Објективно и субјективно право су јединствене, неодвојиве категорије чије самостално разматрање осиромашује суштину њихових појмова. Субјективно право је немогуће без објективног, док је постојање објективног права могуће без субјективног, али је бесмислено, јер у својој примени губи сваку регулаторну функцију и друштвену ефикасност.

Ако се објективно и субјективно право посматрају кроз материјалне критеријуме, који се односе на њихове суштинске карактеристике, анализу треба започети и сагледати са етимолошке тачке гледишта.

„Објективан“ значи „објектни, који се тиче објекта; стваран, истински, који није само замишљен, него одиста постоји, независан од субјекта и субјективног мишљења, природе и од интереса субјекта, који важи за сва разумна бића, општеважећи; непристрасан, праведан, правичан“.²¹

„Субјективан“ значи „лични, унутрашњи, који се тиче субјекта, који потиче од субјекта (особе), а не од ствари; који полази од себе, једностран, пристрасан, личан“.²²

Објективно право је, дакле, „беживотно“, апстрактно, „непристрасно“, јер представља општу меру понашања, „равнодушно“ према конкретним лицима и животним ситуацијама. Оно дефинише услове које морају стриктно да поштују, испуне сви на које је упућено. Карактеришу га својства непроменљивости и неповредивости, јер је стабилност закона неопходан услов да се обезбеди правни поредак и спрече могуће злоупотребе. Због својства непроменљивости, односно, компликоване и дуге процедуре промене објективно право је изоловано од живота, формално, „бездушност“, немогуће је да се њиме обухвате све животне околности којима обилује сваки, било који конкретан правни однос. Из истог разлога, дешава се да га живот „прегази“. Због тога је често супротстављено правичности, правди.

Право у субјективном смислу је већ строго индивидуално, примењиво према конкретном субјекту и конкретној животној ситуацији. Када се каже да конкретно лице има одређено право, то значи да се општа дозвола, утврђена у норми објективног, апстрактног права, односи на индивидуалну правну сферу одређеног, конкретног лица, те да то лице може да располаже правом које му припада. Епитети субјективан, односно

²¹ М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, „Просвета“ Београд, 1970., 633.

²² М. Вујаклија, *op. cit.*, 915.

„личан“, „пристрасан“ својим карактеристикама директно повезују право са дискрецијом, жељама, емоцијама и другим манифестацијама психичке сфере титулара права. Титулар права врши субјективно право у складу са својим жељама, убеђењима, циљевима и ставовима, слободно се крећући у границама оцртаним правном нормом. Спектар правних могућности лица је веома широк, чак до одрицања од вршења права.

Једнородно субјективно право може да се трансформише на разне начине, у сваком конкретном случају, и у великој мери одређује положај овлашћеног лица.

3. Злоупотреба субјективног права

Мишљења о злоупотреби права су (чак и) данас, најблаже речено, разноврсна. С једне стране постоји став да, иако на први поглед о злоупотреби права постоји мноштво гледишта, главна су се одавно искристалисала.²³ С друге стране, чини се да није далеко од истине ни размишљање да у правној литератури постоји много схватања о суштини злоупотребе права, свакако не колико и теоретичара који су се занимали овом проблематиком.²⁴ Ипак, чињеница је да правној науци до данашњег дана није формулисана универзално призната дефиниција „злоупотребе субјективног права“. Не постоји јединство у схватању суштине феномена. Широки спектар научних погледа о природи злоупотребе права је толико разноврсан да чак укључује супротстављене теорије. Овај плурализам у великој мери компликује решење питања како научног тако и практичног карактера, што, са друге стране, чини тему изузетно актуелном.²⁵

Зашто је тако? У правној науци теорија и институт „злоупотреба права“ (*abusus iuris*) није нова, није појава која егзистира од скоро. Доктрина злоупотребе права стара је, као што ћемо видети, више од једног века. Међутим, за све то време правници света нису успели да постигну потпуну сагласност о чему је, у ствари, реч када се говори о злоупотреби права. Шта је то? Пре свега, да ли злоупотреба права уопште постоји? Ако постоји, да ли је то правни или ванправни појам? Ако јесте правни појам, које су његове карактеристике? Шта уопште чини злоупотребу права, односно, који су елементи који

²³ М. Поповић, *Borba za pravo, zloupotreba prava i odgovornost kao moralni pojmovi (osvrt na Tasićevo gledište)*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (уредник: Радмила Ковачевић Куштримовић), Правни факултет Ниш и Институт за правно и друштвено истраживање, Ниш, 1996., 3-10.

²⁴ V. Bangijevski, *Posledice delovanja koje označavaju zloupotrebu prava i pravne posledice izvršene zloupotrebom prava*, „Правни живот“ br. 10/2012, 534.

²⁵ А. А. Малиновский, *Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Московский государственный институт (Университет) международных отношений МИД России, Москва, 2009.

улазе у састав овог појма? Која је правна природа злоупотребе права? Да ли је то нешто допуштено или недопуштено? Може ли да се уклопи у постојећи, устаљени дуалистички концепт правно релевантних понашања? Да ли је то вршење права, законитост, или је незаконито понашање, или је чак противправност (прекршај, деликт)? Или је злоупотреба права нешто треће, самостална врста правно релевантног понашања лица? Да ли је злоупотреба права појава карактеристична само за једну или за више грана права, или се протеже на цео правни систем? Које су правне последице злоупотребе права? Да ли је злоупотреба права корисна или штетна појава? Да ли законодавац према злоупотреби права треба да се понаша индиферентно, или је треба забранити? Ако је треба забранити, на ком нивоу треба да буде прописана ова забрана?

Неочекивано много питања, од којих одговори на нека искључују одговоре на друга. Сада, ако повежемо тезу из првог пасуса овог наслова – да о злоупотреби права постоји безмало толико схватања колико и теоретичара који су се бавили овом проблематиком – добићемо велики број одговора. И проблем је решен. Под условом да знамо који су одговори истинити.

3.1. Наставак размишљања о односу између објективног права и субјективног права

Субјективно право се, дакле, у основи састоји у овлашћењу да субјект права нешто ради или да захтева да неко други нешто ради или трпи. Објективно право утврђује границе субјективног права самим његовим одређивањем. Тако се субјективно право разграничава од неправна, од радњи на које субјект нема права и због којих може да одговара, да буде изложен санкцији.

Ако титулар правилно врши своје субјективно право, у складу са објективним правом, он таквим вршењем права не може да шкоди другим правним субјектима, по принципу *qui suo iure utitur neminem laedit* (ко врши своје право никоме не чини штету).

Нико нема неограничено право. Неограничено право није право, већ неправно, самовоља, тиранија. Слобода делања, поступања која неминовно прати свако субјективно право, делује и као конструктивни и као деструктивни фактор. Слобода која ничим није ограничена, па тако и вршење права, брзо прераста у сведозвољеност са свим последицама које из тога произилазе.

Злоупотреба права управо је повезана за иманентну приступачност самог права. Злоупотреба права је негативан пратилац *сваког* субјективног права. Субјективно право је *могућност, дозвољеност, мера могућег понашања* титулара права предвиђена и дата

му објективним правом ради задовољења сопственог интереса. Међутим, вршење те могућности, дозвољености може, објективно, да шкоди другим лицима. Успостављањем система субјективних права држава не може да предвиди све варијанте њиховог вршења, те је могуће да се у неким случајевима субјективна права могу вршити и против интереса других лица, група, друштва. Зато је неопходно да се потпуна слобода вршења субјективних права ограничи границама, да би се спречило шкођење правима других. Ако такве границе не постоје или нису јасно изражене, мера слободе додељена правом може да прерасте у злоупотребу.

Злоупотреба права је негатив, неизбежни баласт, „цена слободе“ која прати свако правно овлашћење. Ако делегирање конкретног права дозвољава да се одмах осети друштвено користан ефекат таквог стицања, истовремено се појављују и негативни фактори, али не одједном и не у пуној мери. Само дугорочно вршење права може да открије специфичне облике и методе злоупотреба, скривене у нормама објективног права.

Будући да је по својој природи идеално и праведно, да у исто време уважава интересе свих лица, право се вршењем, реализацијом подвргава многим деформацијама. Субјективно погрешно схватање права ствара искривљење друштвене суштине права и претвара се из оруђа „добра и праведности“ у нешто супротно.²⁶

Када је вршење субјективног права свесно погрешно, субјективистичко, и при том шкоди другом субјекту права, може се рећи да титулар злоупотребава своје право.²⁷

3.2. Појмовно одређење злоупотребе права

Дакле, шта је злоупотреба права? На тему злоупотребе права написан је велики број монографија, радова, текстова, студија. Навешћемо неколико дефиниција злоупотребе права које претендују на њено појмовно одређење.

²⁶ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 12.

²⁷ Злоупотребу субјективног права треба разликовати од *злоупотребе објективног права*. Злоупотреба објективног права означава регулисање правним нормама нечега што или не може или не би требало да буде правно уређено (тзв. правнослободан простор). Вид.: V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava, izdavačko preduzeće „Nomos“ DOO, Beograd, 1997.*, 115.

Реч је о правном регулисању иначе правно слободних радњи, у погледу којих би право требало да препушта пуну слободу правним субјектима, на тај начин што их правно не регулише, не одређује како ће се субјекти понашати. Ове радње могу се сматрати утолико регулисане правом што би се, евентуално, прописало да су слободне (тзв. негативно правно регулисање), мада је и ово сувишно. У правно слободан простор спада, нпр., стил одевања појединаца, избор фризуре, избор животног партнера, и др. Вид.: Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутић, Д. М. Митровић, *op.cit.*, 441.

Према Р. Лукићу, општи појам злоупотребе права састоји се у вршењу свога права тако да се потпуно или делимично онемогућује коришћење другог субјекта његовим правом. Битно за појам злоупотребе јесте да се злоупотребом не врши прекршај, већ право – не нешто забрањено (прекршај), него нешто допуштено (субјективно право).²⁸

Слично је мишљење о суштини злоупотребе права заступају М. Симић – С. Ђорђевић – Д. Митић, по којима се злоупотреба права своди на то да једно лице, вршећи своје субјективно право, онемогућава друго лице у вршењу његовог субјективног права. Међутим, вршећи своје субјективно право правни субјект није учинио противправно понашање, деликт, те злоупотреба права није неправо.²⁹

Према Р. Ковачевић Куштримовић под злоупотребом права се, најопштије речено, подразумева вршење свога права противно циљу због којег је признато и заштићено или противно моралу друштва или ненормално (неуобичајено, бескорисно) вршење које има за последицу наношење штете другоме или угрожавање туђег права или другу непријатност. Лице које злоупотребљава право не прекорачује своје право, већ остаје у границама права. По томе се злоупотреба права разликује од осталих повреда права.³⁰

М. Јечменић наводи да је злоупотреба права недозвољена употреба субјективног права, која најчешће има за последицу наношење штете другом, али може бити и неко сметање и друга непријатност. Злоупотребу права треба разликовати од противправног понашања, код кога нема ни привида права, док се код злоупотребе права поступа на основу права, али се право не врши на уобичајен начин, у складу са његовим циљем, него на неуобичајен начин, или само са намером да се другоме причини штета.³¹

А. А. Малиновский сматра да је злоупотреба субјективног права такав начин вршења субјективног права који је у супротности са његовом наменом, којим се причињава штета лицу, друштву, држави. Основна сврха субјективног права је формална усклађеност са законом и гаранција државе за могућност да човек задовољи своју потребу (интерес), на начин заснован на закону или начин који не противречи закону. У овом случају, свака значајна витална друштвена потреба лица мора да кореспондира са одговарајућим субјективним правом. Ако лице задовољава потребу (интерес) вршењем неодговарајућег субјективног права, онда се то право врши у супротности са својом

²⁸ Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутин, Д. М. Митровић, *op.cit.*

²⁹ М. Симић, С. Ђорђевић, Д. Митић, *op.cit.*, 311.

³⁰ Р. Ковачевић Куштримовић, *Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava*, у: „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 17-30.

³¹ М. Јечменић, *Поведа начела савесности и поштења и злоупотреба права из уговора о доживотном издржавању*, Гласник адвокатске коморе Војводине, књига 73, број 5, мај 2013., 225-236.

сврхом. Основна (универзална) обележја злоупотребе субјективног права су остваривање субјективног права у супротности са његовом наменом и штетност остваривања права. Друга обележја, као што је вршење субјективног права са јединим циљем да се нанесе штета другом лицу, неморално, несавесно, неразумно вршење права – су факултативна.³²

Према другом мишљењу под злоупотребом права треба разумети посебну врсту вршења права, која по себи представља форму несавесног понашања титулара права. Несавесност се огледа у чињеници да се титулар придржава формално правних граница вршења права, а крши друге критеријуме остваривања права, сврсисходне, циљне, етичке, при чему се субјективно право врши у супротности са циљем због којег је дато или на недопустив начин, у супротности са основама правног поретка и морала.³³

А. Ј. Курбатов и А. С. Подмаркова сматрају да је за квалификацију радње као злоупотребе права неопходно постојање три чињенице: 1) кршење законитих (законом заштићених) личних и јавних интереса, што, ако се изузму случајеви чињења штете законитим радњама, увек прелази границе субјективног права, јер његов основни објективни интерес не подразумева повреду интереса других лица; 2) вршење права (активне радње) са прелажењем његове границе, тј. не у складу са објективним интересом, који је у његовој основи; интерес није циљ, он се односи на начине долажења до циља; 3) постојање виности; субјект је морао и могао да предвиди наступање противправних последица и сходно томе да предузме мере да их предупреди. Злоупотреба права је увек вино одступање од неког модела понашања. Ово одступање је забрањено законом. Због тога је злоупотреба права прекршај. Штета, као последица, није обележје злоупотребе права. Чињење штете је већ одређено као, односно, само је по себи прекршај.³⁴

М. В. Чебакова под злоупотребом права разуме понашање субјекта права које споља има законити карактер, али за које је установљено да очигледно неосновано ствара ограничења за реализацију (остваривање) права и законитих интереса другог лица. Само

³² А. А. Малиновский, *Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Московский государственный институт (Университет) международных отношений МИД России, Москва, 2009.

³³ В. В. Горovenko *et al.*, *Злоупотребление правом как форма недобросовестного поведения*, Академический Вестник № 3 (13), Научно-аналитический журнал, серия „Право“, „Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права“, Тюмень 2010, 15-20.

³⁴ А. Ј. Курбатов, А. С. Подмаркова, *Недопустимость злоупотребления правом как общеправовой принцип реализации прав*, журнал „Хозяйство и право“, 2009 г., № 2, 106-117.

радње које су у складу и са словом (формом) и са духом (садржином) закона могу да се сматрају законитим. При злоупотреби права се ради о кршењу духа (садржине) закона.³⁵

Н. Ю. Фролова сматра да је злоупотреба права „погранична“ правна категорија која се налази између законитог и незаконитог понашања, која се карактерише постојањем субјективних права, која субјект реализује у супротности са циљевима и наменом права, причињавајући при том штету друштвеним односима, и онима који су заштићени, и онима који нису заштићени законом.³⁶

Т. В. Яковлева под злоупотребом права сматра радњу субјекта права (чињење или нечињење), коју чини како би остварио своје субјективно право, држећи се оних могућности које су му дате правом, а која производи такве резултате који се простиру изван одређених граница примене права, било због постојања намере субјекта да повреди права и законите интересе других лица, или због настајања објективне штете.³⁷

Најзад, навешћемо дефиницију злоупотребе права коју прихватamo, за коју сматрамо да је једино исправна. Према В. В. Водинелићу злоупотреба права је радња која би – иначе – представљала садржину неког овлашћења, да – у конкретном случају – није, као штетљива (појединачном, дифузном или јавном интересу), правно непризната или забрањена због мотива, дејства, начина или невредности, и зато санкционисана.³⁸

4. Историјски приказ развоја теорије злоупотребе права

4.1. Римско право

Стари Римљани нису познавали термин „злоупотреба права“ (*abusus iuris*), нити су на општи начин формулисали идеју злоупотребе права и њене забране.³⁹ Римско право није познавало концепт субјективног права.

³⁵ М. В. Чебакова, *Понятие злоупотребления правом*, Вестник алтайской науки 2008 №3(3), 116-122.

³⁶ Н. Ю. Фролова, *Злоупотребление правом как „пограничная“ категория*, Журнал Новая правовая мысль, № 2(39), 8-12.

³⁷ Т. В. Yakovleva, *On the question of correlation between the concepts "abuse of rights" and "violation of law"*, Matters of Russian and International Law. 3-4, 2014, 99-114.

³⁸ V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Nomos“, Beograd, 1997., 217-218.

³⁹ „Међутим, бројнији су изгледа аутори који, или уопште одбацују постојање института злоупотребе права у Риму, или сматрају да се могу наћи само зачеци забране шиканирања, у неким посебним случајевима, и то у Јустинијановом праву (тврдећи да су текстови који их садрже интерполирани), те да се, као регулисани посебним прописима, они не могу генерализовати“. Вид.: М. Јовановић, *Da li Gaj i neki drugi pravници svedoče zloupotrebi prava?*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996. 78-92.

Дакле, о забрани злоупотребе права у римском праву може се судити само индиректно. О духу римског права говоре изрази као што су *aequitas* (правичност), *bona fides* (савесност и поверење), *ius est ars boni et aequi*, или чувена Улпинијанова *iuris prescripta haec sunt: honeste vivere, neminem laedere suum cuique tribuere*. Стари Римљани су разумели да стриктна примена правних правила може, у конкретном случају, водити великој неправди (*summum ius, summa iniuria*). Важио је став да суштина права није у правним нормама, већ у моралу. Право је вредност етичке природе у складу са социјалним и политичким односима.⁴⁰

У Римском праву је важила максима *qui suo iure utitur neminem laedit* (ко врши своје право никоме не чини штету).

Међутим, ово правило није било апсолутног карактера, неограничено. У Римском праву је било правила (максима, сентенци) које су се односиле на ситуационе случајеве у пракси. То су примери појединачних случајева у којима је заузет истоветни правни став какав исказује многа од данас опште формулисаних правила забране злоупотребе права.⁴¹

Такво је правило наведено у Дигестама да не треба бити попустљив када је реч о пакости која се чини тиме што држалац при враћању ствари власнику саструже насликане или гипсане украсе.⁴² Ово би, са данашњег аспекта, било правило о забрани бескорисног или шиканозног понашања држаоца у односу на власника (забрана бескорисног вршења права или забрана вршења права у намери шкођења).⁴³

Такође, у Дигестама је садржано правило *dolo agit qui petit quod redditurus est*, односно, да легатар може ефикасно супротставити приговор повериоцу који захтева

⁴⁰ R. Kovačević Kuštrimović, *Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava*, u: „Međunarodna konferencija zloupotreba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 17-30.

⁴¹ „У принципу, очигледно је да је у римском праву појам злоупотребе права примењиван при решавању конкретних случајева“. Вид.: В. В. Горовенко *et al.*, *Злоупотребление правом как форма недобросовестного поведения*, Академический Вестник № 3 (13), Научно-аналитический журнал, серия „Право“, „Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права“, Тюмень 2010, 15-20.

⁴² D. 6.1.38. (Celsus).

⁴³ Уп.: „Као и у многим другим случајевима, порекло појма „злоупотреба права“ може се наћи још у римском праву, иако су истраживачи сагласни у томе да у том периоду такав појам није постојао, већ је важио принцип *qui suo iure utitur neminem laedit* (ко врши своје право никоме не чини штету). Заједно са тим, у појединим случајевима римски правници су прогласили недопустивост одређеног понашања које представља вршење права. Дакле, професор И. С. Перетерскиј, анализирајући дигесте Јустинијана наводи изјаву Целсуса, који је рекао да се „не сме показивати благост према злоби“, овде се говори о случају када је власник, након што је продао кућу, скинуо са зидова куће слике и гипсане украсе са циљем да оштети кућа. У другом случају робовласник, ухваћен у томе да је злостављао роба, може бити принуђен да прода роба“. Вид.: В. В. Горовенко *et al.*, *Ibid.*

нешто што би иначе по основу легата опет морао да му врати.⁴⁴ Ово би са аспекта данашње опште норме представљало забрану бескорисног вршења права.

Затим, у Дигестама је наведено да власник суждребне кобиле која је пасла на туђем земљишту може да тражи накнаду штете од власника земљишта који је кобилу отерао на бруталан начин, грубо је ударајући, тако да је због тога изгубила плод,⁴⁵ што би данас могло да буде третирано са аспекта опште норме као недопуштено вршење права на начин којим се другоме наноси непотребна штета (забрана непримереног вршења права), или несразмерна штета (забрана прекомерног, несразмерног вршења права).

У Дигестама је наведено да најмодавац не дугује захтевану уговорену казну, иако је уговорена за случај да он, као што је учинио, пре рока раскине уговор, ако је, међутим, најмодавац тако поступио зато што најмопримац није извршавао своје обавезе плаћања најамнине.⁴⁶ Ово би се данас, полазећи од опште норме, могло схватити као одбијање најмопримчевог захтева зато што представља недопуштено вршење права због његове противности циљу због којег је установљено (забрана вршења права противно његовом циљу).

У Дигестама је садржан и фрагмент о томе да онај ко врши своје право службености не дугује накнаду штете, али да је другачије ако се при вршењу службености није обазирао на последице које власнику проузрокује изабрани начин вршења,⁴⁷ што би се данас могло подвести под опште правило о недопуштености вршења права на начин који је неповољнији за другог од неког другог начина (забрана непримереног вршења права).

У Дигестама је наведено и да отац не може после смрти ћерке оспоравати њен тестамент позивајући се на то да она није била правно еманципована, када ју је за живота третирао као да није под његовом влашћу,⁴⁸ што би са аспекта данашње опште норме било квалификовано као вршење права које је недопуштено због противречног понашања титулара (забрана контрадикторног вршења права).

Дигесте садрже и правило да тужилац који је, због понашања туженог, које је било противно савесности и поштењу, пропустио да благовремено оствари своје право

⁴⁴ D. 44.4.8 (Paulus).

⁴⁵ D. 9.2.39. (Pomponius).

⁴⁶ D. 19.2.54.1 (Paulus).

⁴⁷ D 39.2.24.12 (Ulpianus).

⁴⁸ D 1.7.25 (Ulpianus).

судским путем, то упркос пропусту ипак може да учини.⁴⁹ Са аспекта опште норме ово би данас било исказано општом нормом о недопуштености вршења права када је то противно савесности и поштењу (забрана неморалног вршења права).

Ипак, у теорији постоје и мишљења да је Римско право познавало субјективну концепцију злоупотребе, односно, општу норму о забрани шиканозног вршења права.⁵⁰

4.2. Средњи век

Средњовековни правници такође нису осмислили израз злоупотреба права. Међутим, формулисали су неколико општих норми о ономе што ће касније добити назив злоупотреба права. Коментатори (постгласатори) су формулисали појам *aemulatio*,⁵¹ односно поступање које се чини ради надметања са другим, прегањања, међутим овај институт је остао у сфери суседских односа. Тек је *usus modernus pandectarum* превазишао уске границе суседских односа и досегао обим општег учења о *aemulatio* као титуларевим радњама вршеним без сопственог интереса, а у намери шкођења другоме. У XIX веку ово правило ће као опште добити назив *субјективна концепција злоупотребе права*, због субјективног елемента – намере шкођења (*animus nocendi*), као свог конститутивног елемента.⁵²

Осим правила о *aemulatio* у границама суседских односа, средњовековна јуриспруденција (гласатори) уобличила је и нека друга општа правила о недопуштеном вршењу права, не повезујући их међусобно, а ни са забраном шикане у једно опште учење о недопуштеном вршењу права. Једно од њих, тада први пут на општи начин формулисано, јесте правило о недопуштености позивања на сопствено неморално понашање, односно *auditur propriam turpitudinem allegans*. Први пут је у гласаторској делатности на општи начин формулисано и данас опште важеће правило о забрани

⁴⁹ D 4.3.18.4 (Paulus).

⁵⁰ „Уосталом, чак је чест случај да римски правници казуистички поступају, не формулишући генерално начело, али га је релативно лако извући из сличних решења конкретних случајева. Уз то, извесно је да није интерполиран текст из Гајевих Институција који каже: „*Male enim nostro iure uti non debemus*“ („Не смемо на зло употребљавати наше право“, или „Не треба да злоупотребљавамо наше право“). А Гајев став практично има значај генералног начела. На основу овога и претходно поменутих текстова други романисти, напротив, закључују да је у Риму временом преовладала идеја о забрани шиканирања, односно о спречавању злоупотребе права уопште“. Вид.: М. Јовановић, *Da li Gaj i neki drugi pravnici svedoče zloupotrebi prava?*, у: „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 78-92.

⁵¹ R. G. Rutherford, *La „aemulatio“ y el abuso del derecho*, Rev. estud. hist.-juríd. no. 35, Valparaíso, nov. 2013., elektronski izvor, dostupno na:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552013000100020&script=sci_arttext, pristup 19.10.2014.

⁵² V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Nomos“, Beograd, 1997., 52.

противречног, контрадикторног понашања, односно *venire contra factum proprium nulli conceditur*.⁵³

4.3. Нови век

Прво нормативно утемељење забране злоупотребе права налазимо у француској Декларацији о правима човека и грађанина (*La Déclaration des drits de l'homme et du citoyen*).⁵⁴ Усвојена је од стране Уставотворне скупштине (*Assemblée Nationale Constituante*) 26. августа 1789. године као први корак ка доношењу Устава. Принципи декларације били су засновани на принципима просветитељства као што су индивидуализам, друштвени уговор, на принципу поделе власти, на америчкој Декларацији о независности и Декларацији права Вирџиније (које, опет, почивају на енглеском Закону о правима из 1689. године). Декларација је имала универзални карактер тако што је приписивала основна права, не само за француске грађане, већ свим људима без изузетка. Створила је појам грађанина у данашњем смислу те речи проглашавањем слободе, својине, личне безбедности и права на отпор угњетавању природним и неутуђивим правима сваког човека. Створила је модел модерне демократије проглашавањем принципа суверености народа, као основног принципа организације власти, те модел правне државе проглашавањем принципа владавине закона. Представља најзначајније наслеђе француске револуције из 1789. године.

Декларација садржи 17 чланова. У члану 4. је наведено: „Слобода се састоји у могућности да се чини све оно што не шкоди другоме: тако, вршење природних права сваког човека нема граница, осим оних које обезбеђују другим члановима друштва уживања ових истих права; те границе могу бити одређене само законом“.

У члану 11. је наведено: „Слобода изношења мисли и мишљења је једно од најдрагоцјенијих права човека; сваки грађанин може, дакле, слободно говорити, писати, штампати, с тим што одговара за злоупотребе ове слободе у случајевима одређеним законом“.

Овде треба рећи да је теорија злоупотребе права настала, има своје порекло у материји грађанског права. Она је продукт праксе, теорије и законодавства европских, континенталних правних система. Самим тим, неопходно је поћи од те анализе како бисмо досегли злоупотребе у кривичном поступку.

⁵³ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 52-53.

⁵⁴ Н. Ю. Фролова, *Злоупотребление правом как „пограничная“ категория*, Журнал Новая правовая мысль, № 2(39), 8-12.

Пруско опште земаљско право (*Das Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten*, скраћено ALR) из 1794. је први законик у којем су употребљена оба израза, и злоупотреба права и вршење права. Законик је садржао опште правило о забрани шикане код својине („Нико не сме да злоупотреби своју својину ради повређивања или оштећења другога“, I, 8, § 27; „Злоупотреба значи такву употребу својине, која по својој природи може да има за циљ само повређивање другога“, I, 8, § 28). ALR је садржао и општу одредбу да титулар било ког права мора да надокнади штету насталу вршењем права, без обзира на то што „онај ко се својим правом служи у оквиру припадајућих граница, не треба да надокнади штету која другоме отуда настане“ (I, 8, § 36) „ако из околности јасно произилази да је он, у намери да другоме нашкоди, између више могућих начина вршења свога права изабрао онај који ће другоме бити штетан“ (I, 6, § 37).

Француски *Code civil* (1804.), такође ни аустријски ABGB (1811.) не познају општа правила ни за шикану, нити за какав други вид злоупотребе права.

Међутим, француски судови су премостили ову законску празнину тако што су у генералној клаузули о одговорности за штету (члан 1382.: свака радња човека која другоме нанесе штету обавезује на накнаду штете онога чијом је кривицом настала) нашли ослонац за забрану шиканозног вршења права и за неке видове злоупотребе права који не подразумевају намеру шкођења.⁵⁵ Француска судска пракса садржи бројне примере злоупотребе права. Неки од њих постали су школски примери, као што је чувена одлука суда у Колмару (Colmar) из 1855. године, вероватно најпознатија и најцитиранија одлука у материји злоупотребе права уопште, која се односи на случај са лажним димњаком. У недостатку законских одредаба, у француској теорији су се водиле жестоке полемике око субјективне и објективне концепције злоупотребе права, као и њених видова (критеријума).⁵⁶

У Аустрији је тек трећа новела ABGB-а (1916.) унела у § 1295 нови став 2 у којем је прописано да се одговара за штету насталу другоме вршењем свог права противно добрим обичајима, а у очигледној намери да се другоме нашкоди.⁵⁷

Немачки грађански законик (BGB, 1896.) прописао је у § 226: „Вршење права није дозвољено кад оно има за циљ само то да другога оштети“. Ово решење је било врло рестриктивно, јер је забрањивало само шикану, вршење права са јединим циљем да се

⁵⁵ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, str. 53.

⁵⁶ R. Kovačević Kuštrimović, *Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 17-30.

⁵⁷ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, str. 54.

другоме нанесе штета. Зато су немачка пракса и литература нашле ослонац у одредби § 242 (савесност и поштење, *Treu und Glauben*) за забрану свих осталих видова недопуштеног вршења права. У овој одредби је наведено да је дужник обавезан да чинидбу изврши онако како то захтева савесност и поштење с обзиром на добре обичаје. Због овога немачка правна теорија и пракса одређују злоупотребу права као вршење права у противности са савесношћу и поштењем.

Швајцарски грађански законик (1908.) први је прописао општу, генералну клаузулу о забрани злоупотребе права у § 2. (став 2): „Свако је дужан да врши своја права и испуњава своје обавезе савесно и у доброј вери. Очигледна злоупотреба права не ужива правну заштиту“.⁵⁸

Полемика правне теорије о злоупотреби права од почетка се сводила на две концепције, два схватања. По ужем, злоупотреба права постоји када се субјективно право врши једино у намери да се другоме нашкоди, нанесе штета (*animus nocendi, animus turbandi*). Ово схватање је названо *субјективна концепција злоупотребе права* којом се забрањује пакосно, шиканозно вршење права. Настала је раније и имала је велики број присталица. Сматра се првом фазом у теоријском осмишљавању појма злоупотребе права.

Истовремено са субјективним схватањем злоупотребе права појављује се и схватање о случајевима када се право врши противно циљу због којег је право признато, независно од намере оштећења. По овој концепцији злоупотреба права постоји када се право врши супротно циљу због којег је признато. Према представницима овог учења субјективна права призната су субјектима ради задовољења одређених интереса и то је њихов циљ или сврха. Сва субјективна права имају одређену друштвену намену. Вршење субјективних права је противно њиховој сврси ако се врши без интереса, ненормално (неуобичајено), ако се тиме вређа принцип правичности, итд. Учење које за критеријум злоупотребе права узима циљ права као општи појам за низ критеријума који, уопштено, сваки за себе представља противност циљу због којег је право признато, назива се ширим или *објективним схватањем злоупотребе права*.⁵⁹

У земљама које су чиниле ранију државу Југославију злоупотреби права се није придавао одговарајући значај до II Светског рата.

⁵⁸ R. Cvetic, *Kriterijumi za utvrđivanje zloupotrebe prava*, u „Međunarodna konferencija zloupotreba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 70-77.

⁵⁹ R. Kovačević Kuštrimović, *op.cit.*, 17-30.

Српски грађански законик (СГЗ, 1848.) није садржао јасне формулације о забрани злоупотребе права, свакако ниједно правило које би било изричито именовано као правило о забрани злоупотребе права. У одредби § 806 СГЗ било је предвиђено: „Ко би другоме с тим што би право своје уживао, само ако границе не прекорачи, штету какву нанео, није дужан одговарати нити му је надокнадити“. Такође, општом нормом из § 32 било је прописано да титулари конкуришућих права морају тако да их врше да сва у целости могу да опстану, а када то није изводиво, да морају ограничити њихово вршење како би се сва остварила колико је год могуће; у случају да ни то није изводиво, прописано је да мање вредно право не сме да се врши на штету вреднијег. Ове формулације дале су повода теорији за различита тумачења, од оних који су сматрали да СГЗ не забрањује злоупотребу права, до оних који су идеју забране злоупотребе права изводили из оваквог текста и духа законика. Већина аутора била је мишљења да СГЗ не садржи одредбу којом се забрањује злоупотреба права.⁶⁰ Од два наведена правила само је правило из § 806, тек седам деценија касније, схваћено као правило о забрани злоупотребе права, и то као забрана шикане. Правило из § 32 никада није доведено у везу са злоупотребом права. Тако су обе одредбе остале само пропуштена прилика да се правилно реагује и у другим случајевима недопуштеног вршења права, а не само у границама забране шиканозног вршења права.

Општи имовински законик за Црну Гору (ОИЗ, 1888.) је међу првима који је недвосмислено прописао забрану злоупотребе права (пре немачког и швајцарског грађанског законика). Одредба члана 1000. прописивала је забрану шиканозног вршења права: „Ни својим се правом служити немош', тек другом на штету ил' досаду“. Ово генерално правило је употпуњено одредбом члана 1014.: „Ни у праву своме не терај мак на конач“. Одредбе су допуштале да се протумаче и тако да вршење права које само („тек“) штети или смета другоме, односно, које само шкоди другоме, а не користи титулару, те да тако протумачена буде искоришћена као основ за забрану бескорисног вршења права. Следећа одредба ОИЗ којом се забрањује злоупотреба права је члан 943.: „Ко год ради или врши што је властан радити, он никога не вријеђа, па је без одговора баш и онда кад би од тога коме другоме и какве штете било. Ипак, он треба да, вршећи своје право, не пријеђе границе своје области, нити учини што противно правилима благонравља или поштења“. Ова одредба је забрањивала неморално и неправично

⁶⁰ D. Popov, *Zabrana zloupotrebe prava u našem zakonodavstvu do Drugog svetskog rata*, u „Međunarodna konferencija zloupotreba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 31-38.

вршење права. У ОИЗ су постојале још две одредбе које су се односиле на злоупотребу права, члан 998.: „Док неправо другоме штету не чиниш, користи се чим год можеш и колико год можеш“, те члан 999.: „И што није забрањено може да не буде поштено“.⁶¹

5. Критеријуми за утврђивање злоупотребе права

Оно што је карактеристично за злоупотребу права јесте да она постоји једино, само кроз своје критеријуме (видове, облике, конституенсе), у конкретном испољавању (*in concreto*), а не апстрактно (*in abstracto*). У литератури углавном постоји сагласност у вези критеријума злоупотребе права.

У теорији се може идентификовати више,^{62, 63} али свакако осам критеријума за утврђивање злоупотребе права: 1) шиканозно вршење, које постоји онда када се титулар при вршењу права руководи намером да нашкоди другоме; 2) бескорисно вршење права, које постоји онда када се право врши без икаквог оправданог или иоле значајног интереса; 3) несразмерно вршење права, зато што се вршењем права остварује интерес који је несразмерно мање вредан од интереса другог коме се при том шкоди; 4) противциљно вршење права, зато што се право врши ради остваривања интереса који није у складу са циљем права; 5) непримерено вршење права, зато што се право врши на начин који је за другог непотребно тежобан; б) противречно вршење права, зато што се

⁶¹ *Ibid.*

⁶² „На основу судске праксе и законодавстав могуће је успоставити следеће прецизније критеријуме злоупотребе као што су: намера да се другоме нанесе штета; недостатак интереса; избор између више начина вршења права, онога који је штетан другоме; неморалност или претерана штета; начин делања који вређа добре обичаје; неразуман начин делања, супротан лојалности, узајамном поверењу, неопортун, итд.“. Вид.: G. Vukadinović, *Temelji teorije zloupotrebe prava*, u „Međunarodna konferencija zloupotreba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 11-16.

⁶³ Уп.: „Упркос широком прихватању забране злоупотребе права, питање критеријума за њену примену је и даље веома актуелно. Разноврсност субјективних права – њихове садржине, не омогућава постављање јединственог критеријума за злоупотребу. Чак и кад би то могло, његова егзактност и непроменљивост би била супротна циљу коме служи. Наиме, забрана злоупотребе права представља еластични правни инструмент којим се врши прилагођавање правних норми конкретним околностима сваког случаја из стварности.

У судској пракси се као критеријуми за злоупотребу права наводе: 1) шиканозно (пакосно, малициозно) вршење права, 2) ненормално вршење права, 3) неморално вршење права, 4) непостојање интереса у вршењу права, 5) нарушавање еквивалентности интереса приликом вршења права, 6) извртање друштвене функције права, 7) недостатак оправданог мотива у вршењу права, и т.д. Они представљају конкретизацију општих формула којима се злоупотреба забрањује и имају за циљ да онемогуће арбитрерност и самовољу од стране суда. Уостановљавање критеријума за злоупотребу права омогућава очување врховног принципа у праву на правну сигурност“. Вид.: R. Kovačević Kuštrimović, *Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava*, u „Međunarodna konferencija zloupotreba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 17-30.

право врши на начин противречан другом титуларевом понашању (*venire contra factum proprium*); 7) неморално вршење права, зато што је вршење права у супротности са друштвеним моралом, и 8) неправично вршење права, зато што се вршење права коси са правичношћу.^{64, 65}

5.1. Шиканозно вршење права

Вршење права је шиканозно ако се право врши да би се другOME нашкодило (шикана у ужем смислу), или не само зато, али првенствено зато (шикана у ширем смислу). Вршење права је ствар титулара све док се не одражава неповољно на интересе другог. Међутим, уколико се право врши да би се другOME нашкодило, правни поредак реагује, јер не може да стане иза таквог вршења права, већ га забрањује.^{66, 67}

Да би постојао шиканозни облик злоупотребе права потребно је да постоји намера шкођења, као једини или као претежни мотив вршења права, затим, шкођење другOME, као nanoшење штете или другачије сметање, најзад, узрочна веза између вршења права и шкођења другOME.

Намера шкођења (*animus nocendi, animus turbandi*) представља свест и хтење титулара да вршењем права нашкоди другOME. Она треба да буде материјализована у шкођењу другOME. Шкођење представља неповољну последицу коју вршење права проузрокује другом лицу. Шкођење се у највећем броју случајева састоји у проузроковању имовинске штете.⁶⁸ Али, штета (имовинска, неимовинска) није

⁶⁴ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 48-55.

⁶⁵ R. Cvetić, *Kriterijumi za utvrđivanje zloupotrebe prava*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (уредник: Radmila Kovačević Kuštrimović), Правни факултет Ниш и Институт за правно и друштвено истраживање, Ниш, 1996., 70-77.

⁶⁶ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 6.

⁶⁷ „Очигледна је чињеница да злоупотреба права као општији појам укључује у себе и шикану (као посебан случај злоупотребе). Овакав приступ, узгред, се огледа како у домаћем, тако и у страном законодавству. Појам „шикана“ се односи на појам „злоупотреба права“ као део према целини. Дакле, теза о „негативном односу према теорији злоупотребе права који не искључује забрану шикане“ чини се логично погрешна зато што негира целину, али признаје део“. Вид.: А. А. Малиновский, *Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Московский государственный институт (Университет) международных отношений МИД России, Москва, 2009.

⁶⁸ Руска теорија листом инсистира на томе да је правна последица злоупотребе права штета по друго лице. „Термин „злоупотреба“ у буквалном поимању означава коришћење нечега на зло. У датом случају подразумева се такво вршење субјективног права које наноси штету другим учесницима друштвених односа (лицу, друштву, држави). Ипак није свака штетна реализација субјективног права злоупотреба. Присетимо се, да је по својој природи остваривање неких права скопчано са nanoшењем штете другим субјектима. То се односи, на пример, у остварењу права на нужну одбрану и др. Реализација субјективног права постаје злоупотреба само онда, када је конкретно право било остварено у супротности с његовом наменом“. Вид.: Е. Н. Бырдин, Ю. И. Воронина, *Теоретические основы злоупотребления субъективным правом*, Академический Вестник № 3 (13), Научно-аналитический журнал, серия „Право“, „Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права“, Тюмень 2010, стр. 12-15.

неопходан услов за постојање шикане. Шикану конституишу и друге неповољне последице која се не могу правно изразити као штета. За постојање шикане довољно је да је учињено сметање, узнемиравање, изазивање неугодности (*molestia*). Довољан је и губитак неке погодности (нпр., погледа). Није услов да је штета или другачија неповољна последица наступила. Довољно је да постоји реална, озбиљна опасност да ће наступити ако би се титулару дозволило да врши право.

Између намере шкођења и самог шкођења треба да постоји узрочна веза, односно, шкођење треба да је последица титуларевог понашања. Код шикане је битно да је титулар циљно шкодио другоме.

Због неопходности постојања *animus nocendi* овај основ злоупотребе конципиран је субјективно.

Забрањеност шикане је прописана у многим правним порецима.⁶⁹ Међутим, шикана се санкционише у судској пракси и тамо где нема никаквих законских одредаба о њој.

У упоредноправној судској пракси постоји велики број примера за шикану у ужем смислу, тако, без икаквог оправданог интереса и само ради шкођења другоме право врши, нпр., власник који је насупрот комшијиног прозора поставио искежену лутку која представља обешенога, а личи на комшију (случај из француске судске праксе); власник који је забат куће осликао фигурама које су личиле на мршаве ћерке суседа (случај из швајцарске судске праксе); власник, који је на колац закачио велике мараме, крпе и дроњке, заклањајући комшији видик (случај из холандске судске праксе); власник, који је пумпом црпио воду из свог земљишта, остављајући да вода отиче и не користећи је уопште, а тиме лишио суседно земљиште воде (случај из француске судске праксе); власник земљишта који је посадио високу папрат да би ускратио сунчеве зраке суседној парцели (случај из француске судске праксе).

Уз још неки оправдани интерес, али примарно ради шкођења другоме, право врши, нпр., власник који, како комшија надогради зграду, тако зид према њој учини вишим, одузимајући комшији видик, правдајући висину зида непостојећом потребом да растиње заштити од ветра (случај из швајцарске судске праксе); власник који захтева уклањање бесправно подигнутог зида, иако му још више смета дрвеће испред зида које

⁶⁹ Грађански законици Немачке (§ 226), Аустрије (§ 1295, став 2), Италије (члан 833), Мексика (члан 1912), Тајвана (члан 148), Тајланда (члан 421), Египта (члан 5), Сирије (члан 6), Либије (члан 5), Марока (члан 94), Туниса (члан 103), Шпаније (члан 7), Холандије (књига 3, члан 13), Закон о власништву и другим стварним правима Хрватске (члан 31).

је сам посадио или други паралелан зид који се налази испред њега и чије постојање мора да трпи (случај из швајцарске судске праксе); месар који је свом псу дао име другог месара, конкурента, и, зовући га тим именом, упућивао му најпогрдније речи (случај из швајцарске судске праксе).⁷⁰

У домаћој судској пракси постоје примери у којима је суд утврдио постојање шиканозног вршења (злоупотребе) права, тако, тужилац није успео у спору јер је утврђено да утужење багателног износа (1,80 динара) нема за циљ остварење права, већ „злоупотребу права ради шиканирања“, пошто „такви захтеви стварно нису мотивисани остварењем, односно заштитом имовинског или другог права грађана, него им је циљ малтретирање другог уз ангажовање редовног суда“.⁷¹ Представља злоупотребу права извршену „из каприца или због шиканозних намјера” то што се титулар успротивио незнатном сметању његове државине једнократном употребом његове ствари од стране лица које је било у нужди да то учини.⁷² Тужилац, који тражи уклањање зграде којом је захваћена незнатна површина његовог земљишта, а одбија да прихвати понуђено поравнање које би се састојало у томе да му тужени уступи део свог плаца у површини знатно већој од заузете, тиме врши шикану ако се може утврдити да он рушењем зграде ништа не би добио.⁷³

5.2. Бескорисно вршење права

Право се злоупотребљава ако се врши без иоле значајног интереса, бескорисно. Такво вршење права је недопуштено зато што за шкођење другоме нема оправдања пошто је, независно од намере шкођења, предметни титуларев интерес неоправдан, или зато што титулар не задовољава никакав интерес или никакав иоле значајан.

Услови за постојање злоупотребе бескорисним вршењем права су: непостојање или безначајност интереса, затим, шкођење другоме, те узрочна веза између вршења права и шкођења другоме, најзад, недопуштеност дотичне титулареве шкодљиве радње.

Разлика између непостојећег интереса и безначајног интереса титулара права је у томе што у првом случају вршење права титулату не користи, а шкоди другоме (бескорисно вршење права), а у другом титулару користи, али је корист безначајна,

⁷⁰ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 10-11.

⁷¹ Врховни суд Србије, Рев. 526/74 од 22.11.1974., Привредно-правни приручник, 7, 1975., 65.

⁷² Врховни суд Хрватске Гзс. 64/84 од 28.8.1984., „Судска пракса”, 1, 1986., 44.

⁷³ Савезни суд Гзс. 10/82 од 11.3.1982., Збирка судских одлука, 1982, књ. VII, св. 3, одл. бр. 170, 48.

занемарљива (безначајност интереса). Правни поредак не може да подржи да се право врши ради остварења неоправданог интереса, али ни да се вршећи право не остварује никакав иоле значајан интерес, ако се у таквим ситуацијама шкоди другоме (ако се повређује туђи оправдан и релевантан интерес).

Овај критеријум је објективно конципиран. Важно је да ли би ико у конкретној ситуацији могао оправдати вршење права неким интересом који није безначајан.

Постоје грађански законици у којима је овај вид злоупотребе права изричито наведен, било због недостатка оправданог интереса за вршење права (бескорисно вршење права),⁷⁴ било због непостојања било каквог иоле значајног интереса да се оно врши (недостатак легитимног интереса).⁷⁵

Међутим, и у државама у којима је прихваћена идеја забране злоупотребе права, а у којима није изричито предвиђен прописом овај критеријум је прихваћен у судској пракси и науци. Тако, право се врши без оправданог интереса када је власник на кући изградио оцак великих димензија без димоводног канала, који суседу одузима видик (чувена одлука суда у Колмару (Colmar), Француска из 1855. године); грађењем ветрењаче која суседну зграду лишава светлости и видика, при чему ветрењача не служи ни за довођење воде за наводњавање, нити за било шта друго чему оне служе (одлука из холандске судске праксе); када продавац, сходно клаузули купопродајног уговора, захтева од купца да овај након куповине сруши кућу коју је купио од њега, а да и та клаузула и тражење њеног извршења потичу из продавчевог незадовољства што кућу није могао да прода по повољнијој цени (случај из аустријске судске праксе). Купац који је купио зграду да би је срушио, затражи од продавца, који је пре предаје спалио кућу, да изгради нову (случај из швајцарске судске праксе). Закупац не допусти власнику да прође кроз стан како би истакао заставу на једином за то подесном месту на згради (случај из аустријске судске праксе). Закуподавац ускрати сагласност пред органом надлежним за грађевинске послове да закупца предузме грађевинске измене на згради које не повређују супстанцију зграде, нису знатне, лако су уклоњиве, не шкоде интересима закуподавца, а неопходно су потребне за уговорену употребу закупљеног објекта (случај из аустријске судске праксе). На закуподавчево инсистирање унесе се у уговор о закупу забрана закупцу да постави машину за прање судова или сличне апарате за домаћинство, или власник забрани закупцу да модернизује начин грејања (случајеви из немачке судске праксе). Власник води поступак против суседа чија антена безначајно задире у његов

⁷⁴ Грађански законик Мексика (члан 840, члан 1912).

⁷⁵ Грађански законици Египта (члан 5), Сирије (члан 6), Либије (члан 5).

ваздушни простор (случај из немачке судске праксе); не дозволи се суседу прелаз преко земљишта у случају ургентне потребе, или не дозволи се суседу да се послужи чамцем како би отишао по лекара за своју озбиљно оболелу жену (случајеви из руско-совјетске судске праксе). Тражи се нешто што се мора ионако вратити по неком другом правном основу, тако, тражи се брисање уписа извршеног без клаузуле интабуланди, али по пуноважном облигационом уговору (случајеви из немачке судске праксе). Сувласник тражи јавну продају у извршном поступку за поделу сусвојине иако се обавезао да пренесе свој удео другим сувласницима (случај из немачке судске праксе). Родитељ безразложно ускраћује сродницима контакт са дететом (случајеви из француске судске праксе).⁷⁶

Постоје примери судске праксе у којима су домаћи судови идентификовали злоупотребу бескорисним вршењем права, тако, суд је одбио тужбени захтев тужилаца сувласника којим су тражили да тужени сувласници врате објекат у пређашње грађевинско стање, иако су ови без њихове сагласности адаптирали објекат у стамбену зграду, и при том навео да вршење субјективног права без оправданог интереса, којим се другоме само наноси штета, није у складу са начелима друштвеног и правног поретка, већ представља злоупотребу права и стога је недопуштено; наиме, извршене адаптације нису деловале на стабилност зграде, одговарају основним хигијенским и техничким нормама у грађевинарству, те је њима повећана вредност зграде као целине; истовремено, није доказано да би се успостављање пређашње, мање вредне просторије уопште могло учинити, а да се не оштети зграда чак у њеном ранијем стању, док би уклањањем изграђених корисних делова и побољшица који су подигли вредност зграде као целине зграда као целина изгубила на вредности, а тужиоци тиме не би ништа добили, док би туженима који су извршили адаптацију била нанета штета.⁷⁷ Суд је одбио тужбени захтев власника стана да се носиоцу станарског права забране започети инвестициони радови ради стварања најнужнијих услова становања, при чему се носилац станарског права одрекао права на накнаду учињених трошкова; суд је утврдио да власник злоупотребљава право својине, због тога што је вршење права својине у датом случају за власника бескорисно, одн. без оправданог интереса, а шкоди носиоцу станарског права, наиме, предузетим радовима се не угрожава сигурност зграде, не мења намена стана, не омета власник да врши своја права, повећава се вредност његовог стана,

⁷⁶ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 12-14.

⁷⁷ Врховни суд Југославије, Рев. 128/68 од 7.8.1968., Збирка судских одлука 1968, књ. XIII, св. 4, одл. бр. 376, 64.

и то без обавезе да накнади учињене трошкове, а побољшавају се најнужнији услови становања носиоца станарског права.⁷⁸ Суд је одбио тужбени захтев власника дворишта према коме је на суседној згради отворен прозор, наиме, власник дворишта не трпи ништа, јер отварањем прозора власник зграде користи само светлост и ваздух, а не и суседово двориште, са друге стране, власник дворишта и после отварања прозора може на своме дворишту предузимати све оне радње које је могао предузимати и пре отварања прозора.⁷⁹ Виши суд је упутио нижи да оцени значај који има то што је тужилац, који је тражио уклањање зграде којом је захваћена незнатна површина његовог земљишта, одбио да прихвати понуђено поравнање које би се састојало у томе да му тужени уступи део свог плаца у површини знатно већој од заузете, као и да оцени да ли би рушење зграде и повраћај заузетог земљишта били за власника земљишта објективно корисни.⁸⁰

5.3. Противциљно вршење права

Критеријум овог вида злоупотребе лежи у противности титуларевог понашања циљу (сврси, намени) права.

Када прописује права законодавац има одређену представу о интересима који су вредни да буду остварени, а средства за њихово остварење конструише у виду субјективних права одређене садржине. Ако се правом остварују другачији интереси од оних за које је субјективно право додељено, реч је о злоупотреби. Овде су интереси који се остварују вршењем другачији од оних ради чијег остварења је право признато. Правни поредак не може да подржи да се шкоди другоме вршећи право мимо или против његовог циља.

О томе у ком циљу се врши неко право закључује се на основу последица вршења (стварних и могућих). Да би се вршење права могло оквалификовати као злоупотреба, мора се утврдити који је циљ норме којом је право уређено, и који је круг интереса који би да се њоме оствари. Телеолошки тумачење је поступак утврђивања циља права. Зато је код овог вида злоупотребе права неизбежно телеолошко тумачење права.

Овај вид злоупотребе објективно је конципиран.

⁷⁸ Врховни суд Србије, Гзз. 191/81, Збирка судских одлука из области грађанског права 1973-1986, Београд, 1986, одлука бр. 44, 21.

⁷⁹ Врховни суд Србије, Рев. 1178/59 од 19.12.1959, Збирка судских одлука 1959, књ. IV, св. 3, 36.

⁸⁰ Савезни суд, Гзс. 10/82 од 11.3.1982., Збирка судских одлука, 1982, књ. VII, св. 3, одл. бр. 170, 48.

Противност вршења права циљу због којег је право признато садржана је као критеријум злоупотребе права у низу закона.⁸¹ Такође, правна наука и судска пракса служе се овим критеријумом и у земљама где није изричито наведен у закону.

Тако, према упоредној судској пракси ради се о злоупотреби противциљним вршењем права у случајевима у вези са закључењем тзв. привидног брака, брака који се склапа да би се њиме прибавило држављанство, а не да би се засновала стварна заједница живота (одлуке швајцарских судова). Такође, ако се неколико дана пред очекивану смрт партнера с њиме закључи брак како би се нашкодило интересима других наследника, пре свега деци из партнеровог првог брака, тада се право (слобода) ступања у брак врши у потпуно другачијем циљу од онога за који је признато, наиме, ради стицања користи, а не ради заснивања заједнице живота (одлука швајцарског суда). Када отац врши право еманципације малолетног детета јер на тај начин хоће да одузме дете од мајке, а не ради дететовог интереса (одлука из француске судске праксе). Случајеви противциљне употребе форме правног лица помоћу које се прикрива фактичка економска ситуација и нарочито избегавају одређене последице одговорности (одлуке из немачке судске праксе). Ако се посредник, који има овлашћење за посредовање од обе стране, позове на уговорну клаузулу која му даје право да захтева провизију од купца и ако не дође до закључења уговора, реч је о злоупотреби права из разлога што такво право није спојиво са циљем обостраног посредовања које подразумева строгу непристрасност и подједнаки ангажман за обе стране (случај из немачке судске праксе).⁸² Такође, када ретинент не врши право задржавања дужникове ствари да би обезбедио намирење својег неподмиреног доспелог потраживања, него да би дужника принудио на неко понашање које с тим не стоји у вези, тада вршење нема оправдања у оним интересима којима право ретенције служи (случај из француске судске праксе). Када уговорник безначајну повреду уговорне обавезе користи као повод за раскид уговора да би се, у ствари, ослободио своје обавезе која му је одавно постала тегобна, а не да би остварио интересе угрожене повредом уговора, чему служи право на отказ (случај из немачке судске праксе).⁸³

⁸¹ Грађански законик Русије из 1922. (члан 1), Декрет 31/1954 Румуније (члан 3), Грађански законик Мађарске (§ 5, став 1 и 2), Основи грађанског законодавства СССР и савезних република из 1962. (члан 5, ст. 1), Грађански законик РСФСР (члан 5, став 2), Пољске (члан 5), ДДР из 1975. (§ 15, став 1), Грчке (члан 281), Португала (члан 334), Венецуеле (члан 1185), Либаиа (члан 124), Закон о облигационим односима Србије (члан 13. став 1.), Закон о основним својинскоправним односима Србије (члан 4. став 2. и члан 6. став 2.).

⁸² V. V. Vodinić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Nomos“, Beograd, 1997., 18-19.

⁸³ V. V. Vodinić, *op.cit.*, 22.

5.4. Несразмерно вршење права

Злоупотреба права постоји ако се право врши ради остварења несразмерно мање вредног и при том се шкоди туђем знатно вреднијем интересу.

Свако вршење права, само по себи, подразумева какву обавезу другог. Титулар права може, а не мора да врши субјективно право; ако га врши, опет, није обавезан да га врши ни другоме, ни себи на корист. Међутим, код забране несразмерног вршења права није реч о редовном вршењу права и редовном оптерећивању других тим вршењем. Правни поредак не може да подржи да се вршећи право остварује свој неупоредиво мање вредан интерес жртвујући туђи неупоредиво важнији. Овде интерес за вршење права није неоправдан сам по себи. Интерес је сходан циљу права и сам по себи (*in abstracto*) оправдан, али није оправдано да се *in concreto* оствари на рачун знатно вреднијег. У конкретном случају, упоређен са сукобљеним интересом остваривани интерес није довољан, није довољно важан. Право се врши без довољног интереса када се тај упореди са интересом другог лица који трпи од вршења права. Вршење права је претерано због несразмерности између оствариваног интереса и последице по другога.⁸⁴

Овај облик злоупотребе конципиран је објективно.

Постоје правни пореци у којима је изричито предвиђено да је недопуштено вршити право ради задовољења интереса чија је важност минимална када се упореди са шкођењем другоме.⁸⁵ Много је више земаља без изричите одредбе, али са истим ставом судске праксе. Тако, реч је о злоупотреби несразмерним вршењем права када закуподавац тражи од закупца високу уговорну казну, мада је овај, на време испразнивши стан, пропустио да из њега однесе само неколико ситнијих предмета (случај из аустријске судске праксе). Поверилац је одбио да прихвати испуњење дужникове чинидбе, иако се радило о незнатном закашњењу (случај из немачке судске праксе). Закупац је захтевао да закуподавац, сходно уговору, постави нову славину у дворишту на тачно уговореном месту, уместо оне коју је закуподавац поставио са тек неколико центиметара одступања (случај из аустријске судске праксе). Ималац права на жиг тражио је уклањање са робе неовлашћено коришћеног жига, а за то би били неопходни несразмерни трошкови (случај из швајцарске судске праксе). Власник

⁸⁴ V. V. Vodinić, *op.cit.*, 15-17.

⁸⁵ Грађански законици Египта (члан 5), Либије (члан 5), Сирије (члан 6), Етиопије (члан 2032), Марока (члан 94), Туниса (члан 103), Холандије (књига 3, члан 13).

земљишта које је сусед у незнатном делу захватио градњом тражи да се поруши зграда (случај из белгијске судске праксе).⁸⁶

И у домаћој судској пракси постоје примери за овај вид злоупотребе, тако није друштвено и економски оправдано да се руши већ изграђени део зграде само зато што је зидањем захваћен један део зида суседне зграде без сагласности њеног власника, наиме, зграда тужених вреди много више него зид тужилаца, те би усвајање таквог захтева водило злоупотреби права својине.⁸⁷ Неоснован је захтев савесног власника земљишта којим је тражио уклањање зграде несавесног градиоца ако то представља злоупотребу права због заузете незнатне површине (1 м²) земљишта које уз то за власника земљишта објективно представља незнатну или никакву вредност.⁸⁸ Суд је одбио тужбени захтев странке којим је тражила да јој друга страна врати целокупно противдавање због тога што у незнатном делу није извршила своју обавезу.⁸⁹

5.5. Непримерено вршење права

Непримереност начина вршења права ретко се у упоредном праву изричито наводи као критеријум злоупотребе.⁹⁰ Међутим, прихваћен је у судској пракси и науци и тамо где није посебно позитивисан.

Код овог вида злоупотребу конституише по другога непотребна, излишна тежобност начина понашања. Злоупотребу права конституише то како се оно врши. И када је циљ допуштен вршење права може бити недопуштено ако представља непримерен начин остварења циља. Правни поредак не може да подржи да се вршећи право другоме шкоди ако постоји алтернативни начин којим, да је право вршено, ситуација би била по другога повољнија: избегле би се актуелне или претеће неповољне последице. Овде злоупотребу представља вршење права на за другога непотребно тежобан начин. Ако титулар може да оствари интерес вршењем права на начин који другоме неће проузроковати штету (имовинску или неимовинску) или другу неповољну последицу (узнемиравање, губитак погодности), или хоће, али мању, он мора да га врши на тај поштедан начин.

⁸⁶ V. V. Vodinec, *op.cit.*, 15-16.

⁸⁷ Врховни суд Југославије, Гз. 114/66 од 24.10.1967., Збирка судских одлука, 1967, књ. XII, св. 1, одл. бр. 15, 36.

⁸⁸ Савезни суд, Гзс. 10/82 од 11.3.1982., Збирка судских одлука 1982, књ. VII, св. 3, Београд, 1982, одл. бр. 170, 45.

⁸⁹ Врховни суд Војводине, Гж. 1549/70, Збирка судских одлука (изд), Активност судова на сузбијању појава нарушавања социјалистичког морала, Београд, 1983., 71.

⁹⁰ Грађански законици Марока (члан 94), Туниса (члан 103).

Да би постојала непримерена злоупотреба права титулар треба да има могућност избора. Ако је то једини могући начин вршења права, нема места за квалификацију злоупотребе. Такође, по другога погодан начин вршења права не сме да буде тежобнији за титулара права од алтернативних начина.

Овај критеријум је објективно конципиран.

Као и други видови злоупотребе и овај захтева да вршење права штоди другоме. Непримереност и неадекватност начина вршења права оцењују се једино с обзиром на околности случаја (*in concreto*), а не апстрактно.

Могу се утврдити следеће врсте злоупотребе непримереним вршењем права: 1) просторна непримереност, 2) временска непримереност, 3) непримереност мере вршења, 4) непримереност субјекта.

Просторна непримереност (вршење права где му није место) постојала би у следећим случајевима: рекламни плакати стављени су тако да заклањају рекламу другога, а могли су бити стављени другачије (случај из аустријске судске праксе). На месту где је саграђена, ветрењача лишава суседа погледа и светлости, а да је подигнута на другом делу парцеле, једнако би користила власнику, а не би штетила суседу (случај из холандске судске праксе). Власник је отворио прозор према суседу, иако би отварање прозора на другој страни обезбедило бољи поглед, а не би сметало суседу (случај из холандске судске праксе).

Временска непримереност (вршење права кад му није време није, „у невреме“, или временски подељено уместо јединствено) постоји у следећим случајевима: уместо да одједном захтева у целости исплату доспелог дуга, поверилац је сукцесивно, у више наврата, тужио за део по део, излажући тако дужника већим трошковима и неугодностима него да је то учинио одједном (случај из швајцарске судске праксе). Власник закуподавац који је уговорио да има право да у свако доба прегледа локал који је издао у закуп, вршио је преглед у невреме, одн. под околностима у којима се не може захтевати од закупца да омогући такав преглед локала (случај из аустријске судске праксе).

У неким случајевима непримерен је модалитет вршења због непримерености мере, количине, димензије, форме у којој је нешто учињено. Примери су: подигнута је превисока ограда, а и нижа би била довољна, а не би штодила другоме (случај из швајцарске судске праксе). Власник земљишта је тако направио и обојио ограду да изгледа да суседова кућа која се налази иза ограде представља затвор (случај из француске судске праксе). Власник је на својој парцели, уз међу са суседном парцелом,

подигао конструкцију од високих кочева са металним шиљцима како би комшију, иначе конструктора летелица (дирижабла), коме та конструкција отежава и угрожава маневрисање летелицама (дирижаблима) и атерирање, на тај начин навео да по траженој (иначе превисокој) цени купи ту парцелу да би неометано могао да користи летелице (случај из француске судске праксе).

Непримереност субјекта, личности, или стања у коме се налази личност која нешто чини или онај коме се шкоди постоји, нпр., када власник закуподавац као пуномоћника за посету и прегледање стана овласти лице које је са закупцем стана у свађи (случај из аустријске судске праксе). У истом смислу, не би долазило у обзир ни да то чини неко ко је заразно болестан, под дејством дроге, у алкохолисаном стању, или онда када купац има госте, неку свечаност, смртни случај.⁹¹

5.6. Противречно вршење права

Правни поредак има потребу да правно заштити одређени степен поверења у односима међу људима. Као злоупотреба се квалификује титуларево понашање које је у контрадикцији са понашањем у које се други основано поуздао.

Овај вид злоупотребе заснован је на правилу *venire contra factum proprium nemini licet*, односно, *venire contra factum proprium nulli conceditur*,⁹² а значи да нико не може да дође у супротност са својим, сопственим поступањем. Забрана противречног поступања је саставни део правних поредака, било као опште правило, било кроз посебна правила. *Venire contra factum proprium* спада у видове злоупотребе права који се најређе изричито предвиђају у пописима, а опет који се најчешће појављују у пракси.

Код овог вида злоупотребу конституише недоследност у понашању титулара права. Субјективно право је могућност. Не постоји дужност устаљеног, истоветног понашања, било да је то вршење, или невршење права. Титулар права није дужан да врши право. Ако га врши, није дужан да га врши на исти начин. Међутим, правни поредак излаже титулара права неповољној последици зато што његово понашање ничим оправдано шкоди другоме. Титулар је тај који би могао својим другачијим понашањем да спречи шкођење другој страни, док друга страна никако не може утицати на то

⁹¹ V. V. Vodinelic, *op.cit.*, 22-23.

⁹² Користе се и максиме: *nemini liceo adversus sua facta venire, non concedit venire contra factum proprium, proprium factum nemo impugnet potest, adversus factum suum quis venire non potest, nemo potest contra factum proprium venire, nemo contra factum proprium potest*. Vid.: H. C. Talciani, *La raíz histórica del adagio "Venire contra factum proprium non valet"*, elektronski izvor, dostupno na <http://dSPACE.utalca.cl/bitstream/1950/9975/1/historiaadagioactosproprios.pdf>, pristup 15.15.2017.

шкођење. Шкођење изазива титулар својим понашањем које је ствар избора. Због тога терет сношења неповољне последице пада на титулара права, а не на другу страну.

Код овог вида злоупотреба се састоји у томе што титулар вршећи своје право поступа сада другачије него што је то чинио раније, и шкоди другоме који се поуздао у његово раније понашање. И претходно, изворно, и доцније, промењено понашање одговарају субјективном праву, с тим што раније понашање представља невршење права (пропуштање), док доцније понашање значи прибегавање вршењу права. Недоследност се састоји у томе да се титулар права прво понашао као да нема право или као да неће да га врши иако га има, а затим, насупрот томе, прибегао је вршењу права. Реч је о случајевима када актуелно вршење није помирљиво са ранијим невршењем права, него је у контрадикцији с њиме. Међутим, временска димензија (садашње понашање другачије од ранијег) није кључна. Битан је феномен противречности у титуларевом понашању, а противречност може постојати и између истовремених понашања титулара. Титуларево понашање је релевантно и онда када противречи неком његовом истовременом поступку. За непомирљивост титуларевих понашања није важна разлика следеју ли таква понашања једно након другог или су једновремена, већ је важно да противречност између њих шкоди другоме. Оба противречна начина понашања, и ранији и актуелни, односно и један и други од једновремених, могу бити допуштени када се посматрају засебно. Проблематично је управо што су уследила оба, тј. што је титулар променио начин понашања, одн. што се истовремено различито понашао. Да се титулар понашао само на један од тих начина, не би било места за примену установе забране злоупотребе. Противречност између титуларевих понашања може *спречити* другога да буде сигуран у то шта је титуларев став, и то је довољно за неприхватљивост таквог титуларевог понашања. Измењеним титуларовим понашањем, које противречи његовом пређашњем, изиграно је поверење другога створено на основу пређашњег понашања.

Да би постојала злоупотреба у виду *venire contra factum proprium* потребно је: да се титулар неоправдано понашао као да право нема или као да неће да га врши; да пратеће околности јачају привид да титулар нема право, одн. да неће да га врши; да се други с основном поуздао у привид и материјализовао поуздање; да је титулар изменио начин понашања и да то шкоди другоме који се поуздао у привид.⁹³

Код злоупотребе противречним вршењем права неопходно је да испрва невршено а потом вршено право заиста постоји и да припада управо титулару који се понашао као

⁹³ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 33.

да то право нема, односно као да није заинтересован да га врши. Противречно вршење права може се сматрати злоупотребом права само ако је невршење права било ствар избора, дакле ако је титулар имао објективну, реалну могућност да се понаша другачије, односно да право врши.

Међу околностима које прате претходно понашање титулара, а стварају и учвршћују утисак код другог да титулар нема право или да неће да га врши, посебно је значајно време, трајање таквог титуларевог понашања. Што је дуже трајало претходно титуларево понашање, једноставније је да се његово касније прибегавање вршењу права квалификује као злоупотреба права.

Потребно је да се други основано поуздао у досадашње понашање титулара и с основном могао очекивати доследност у понашању. Само се с обзиром на околности конкретног случаја може одредити да ли је други, на основу претходног титуларевог понашања, имао довољан основ да се поузда да титулар ни доцније неће вршити своје право.

У сукобу између потребе да се заштити титуларева слобода понашања и потребе да се заштити оправдано поверење другог, правни поредак штити поверење, и то зато што је титулар тај који је својим понашањем проузроковао ситуацију, док други томе ничим није допринео. Нема сагласности да ли је довољно само поверење друге стране, или је потребно и да је поверење на неки начин материјализовано. Ова материјализација може да буде активна радња другог (предузимање располагања са ствари, чинидба), или пасивна (пропуштање радње, располагања, изјаве воље).

Ново, измењено понашање увек се састоји у прибегавању вршењу права од стране титулара. Са тим прибегавањем вршењу запуштеног права управо и отпочиње цео проблем оцене да ли има места за квалификацију случаја као *venire contra factum proprium*. Титуларева недоследност у понашању престаје да буде само његова лична ствар и постаје правно релевантна тек ако се прибегавање вршењу права неповољно одражава на другог, шкодећи му. Без те неповољне последице титуларева недоследност спада у сферу титулареве аутономије воље. До шкођења долази зато што је друга страна на основу привида које је титулар створио својим понашањем стекла поверење да титулар нема право, односно да неће да га врши и што је поступила у складу с тим поверењем, што је своје поверење материјализовала, чинећи оно што у противном не би. Шкођење може да се испољи у виду штете, губитка имовинске вредности, или у изостанку очекиваног увећања. Али и друге неповољности, које се не могу изразити као

штета, довољне су за постојање овог вида злоупотребе. Шкођење представља и потенцијална штета или потенцијално узнемиравање.

Овај критеријум злоупотребе објективно је конципиран.

У страниој судској пракси сматрани су недопуштеним, између осталих, следећи противречни поступци титулара: ималац права на жиг зна да други неовлашћено употребљава његов робни жиг и толерише употребу, па тек после дугог периода затражи уклањање жига са робе (случајеви из немачке и швајцарске судске праксе). Власник земљишта на коме је бесправно сађено или грађено употребљава право да тражи уклањање садница или зграде ако је дуго одгађао да се успротиви градњи или сађењу, или подигне тужбу тек када је градња била завршена или готово завршена (случајеви из румунске судске праксе). Ималац стварне службености трпи постављени уређај који омета вршење службености, па тек након тога захтева његово уклањање (случајеви из швајцарске судске праксе). Власник земљишта затражи после више од десет година да се суседна зграда врати у пређашње грађевинско стање како би вода са адаптираног крова суседне зграде престала да пада на његово земљиште, иако је од почетка знао за адаптацију и ништа није приговарао ни тада ни доцније (случај из румунске судске праксе). Закупац, након закуподавчевог упозорења да ће му дати отказ, престане да у пијаном стању и лармајући долази у стан, а закуподавац му ипак, али тек годину дана потом, да отказ позивајући се на његово раније понашање (случај из немачке судске праксе). Закупац саопшти закуподавцу да ће му због одређеног недостатка закупљене ствари плаћати мањи износ закупнине од уговореног, а закуподавац, пошто је три године примао такву исплату, нижу од уговорене, тек при престанку закупног односа затражи од закупца сву разлику до уговорене висине закупнине (случај из немачке судске праксе). Приговор застарелости истакне онај ко је својим понашањем (без преварне намере) навео другога да поверује да утужење неће ни бити потребно, због чега је овај пропустио рок, или није прекинуо застарелост (одлуке из немачке судске праксе). Уговорна странка се позове на недостатак форме иако је претходно уговор обострано, без заблуде, слободно и у целости или у битном делу испуњен (случајеви из швајцарске судске праксе). Отац је закључио наследни уговор са ћерком по коме би њој припало имање на коме је деценијама живео и радио једино његов син, с којим отац није био у добрим односима, што је суд оценио као злоупотребу оставиочевог права располагања и огласио уговор неважећим сматрајући да се из оставиочевог понашања и фактичког стања на имању има узети као да се оставилац обавезао према сину без обзира на то што међу њима нема никаквог, па ни за наследно располагање потребног формалног уговора (случај из

немачке судске праксе). Када је поверилац тужио за извршење преосталих још недоспелих чинидаба дужника који упорно није извршавао доспеле чинидбе, овај истакне приговор недоспелости тих чинидаба упркос томе што је постало извесно да ни њих неће извршити (случај из швајцарске судске праксе). Радник, који није извршио задатак који му је дао послодавац позвао се на то да има право да ускрати извршење посла због прекорачења максималног радног времена, иако је у том времену другде радио (случај из немачке судске праксе). Тужилац је поднео тужбу арбитражи, јер је са туженим уговорио арбитражну клаузулу, на шта је тужени приговорио да је надлежан редовни суд, тврдећи да је арбитражни уговор непуноважан, док је на редовном суду приговорио, пак, да је надлежна арбитража (случај из немачке судске праксе).⁹⁴

У домаћој судској такође се могу утврдити случајеви злоупотребе противречним вршењем права (*venire contra factum proprium*), мада их судови ни у једном случају нису тако назвали, већ је такво понашање квалификовано као супротно начелу савесности и поштења. Тако, суд је навео да се противно савесности и поштењу служи приговором онај ко истиче, с једне стране, да изјава о одрицању од дела потраживања коју садржи телекс потиче од неовлашћеног лица а, с друге стране, да у истом телексу садржана изјава о прихватању понуде за исплату нема тај недостатак.⁹⁵ Такође, противно је савесности и поштењу истицање приговора да је уговор закључило неовлашћено лице, ако је оно већ раније са истим сауговорачем стално закључивало пуноважне уговоре.⁹⁶ Противно је савесности и поштењу када купац дуже време није захтевао испоруку робе, а затим је тражио предају робе чија се цена у међувремену повећала.⁹⁷ Суд је одбио тужбени захтев оца за рушење стамбене зграде коју је почео да гради син на очевом земљишту без икаквог уговора о томе, јер се отац раније није противио, иако је знао за градњу, да би се успротивио након више од годину дана од почетка градње, када су се покварили односи између оца и сина; суд је утврдио да је градилац (син) савестан, а власник земљишта (отац) несавестан јер се раније није противио градњи, те зато не може тражити рушење започете зграде и враћање земљишта.⁹⁸

5.7. Неморално вршење права

⁹⁴ V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Nomos“, Beograd, 1997., 27-29.

⁹⁵ Виши привредни суд Хрватске, Пж. 1623/83 од 20.3.1984., „Судска пракса“, 7, 1984., 21.

⁹⁶ Врховни привредни суд, Сл. 465/70 од 29.9.1970, Збирка судских одлука (изд), Активност судова на сузбијању појава нарушавања социјалистичког морала, Београд, 1983., 71.

⁹⁷ Врховни привредни суд Сл. 81/56 од 28.2.1956., Збирка судских одлука (изд), Активност судова на сузбијању појава нарушавања социјалистичког морала, Београд, 1983., 62.

⁹⁸ Врховни суд Србије, Рев. 1821/92 од 18.6.1992., Избор судске праксе, 3, 1993., 31.

У многим законима⁹⁹ наведено је да је морал граница вршења права. Недопуштено је вршење права које је противно моралу, добрим обичајима или савесности и поштењу. Критеријум је заснован на правилу *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*¹⁰⁰ (нико нека не слуша онога који се позива на своју срамоту). Дакле, ако је стицање неког субјективног права засновано на неморалности, титулар не може да ужива користи од тако стечене правне позиције.

Беза права са моралом одређује као злоупотребу права вршење права противно моралу. Правним дисквалификавањем понашања које нема покриће у друштвеном моралу исказано је да није прихватљиво да буду у једнаком положају онај титулар права који поступа у складу с моралом и онај чије понашање нема моралну подршку, а шкоди другоме.

Није реч о индивидуалном моралу, већ о друштвеном.

Услов да би се неморално вршење права квалификује као злоупотреба јесте да такво вршење права по својем дејству шкоди или може да шкоди другоме. Неморално а за другоганешкодљиво вршење права подлеже само моралној санкцији.

Овај критеријум злоупотребе објективно је конципиран. Није потребно да је вршење права праћено свешћу и намером да се другоме нашкоди, нити свешћу о неморалности. Довољна је објективна противност моралу.

Примери грубе неморалности која шкоди другоме из стране праксе су: отац, власник, забранио је сину да долази у парк дворца ради посете гробу своје мајке који се ту налази, позивајући се на то да му као срчаном болеснику шкоди сусрет са сином с којим је у свађи (случај из немачке судске праксе). Отац, власник, захтева иселење ћерке из његовог стана, не би ли тако постигао да се исели и његова парализована жена, будући да она зависи од ћерке која је негује (случај из аустријске судске праксе). Муж одбије да са супругом поднесе тужбу за иселење његове конкубине из стана који је у заједничкој својини брачних другова, а суд то одбијање квалификује као злоупотребу права противну моралу (случај из румунске судске праксе). Дужник наведе повериоца да не врши своје право у року, нпр., лажно приказавши своје имовинско стање (да је инсолвентан), а

⁹⁹ Грађански законици Швајцарске (члан 2, став 2), Турске (члан 2), Грчке (члан 281), Јапана (члан 1, новела од 1947.), Португалије (члан 334), Венецуеле (члан 1185), Либаиа (члан 124), Тајланда (члан 5), ДДР (§ 15, став 2), Албаније (члан 9, ставови 3 и 2).

¹⁰⁰ *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (нико нека не слуша онога који се позива на своју срамоту). Максима потиче од глосатора и изражава правило да нико не може заснивати неко своје право на свом неморалном или незаконитом поступку. Нпр., наследник који је скривио смрт оставиоца нема право на заоставштину, уговорна страна која је извршила превару или принуду нема права да тражи да уговор буде поништен, итд. Вид.: *Pravna enciklopedija*, Savremena administracija, Beograd, 1989., 897-898.

касније истакне приговор застарелости или преклузије (случајеви из швајцарске судске праксе). Закуподавац наведе закупца да створи ситуацију која представља законски разлог за давање отказа, а онда му из тог разлога да отказ (случај из аустријске судске праксе). Иако је он проузроковао женину болест својим ванбрачним понашањем, супруг затражи развод позивајући се на ту болест као разлог (случај из немачке судске праксе). Онај ко је допринео депортацији својих рођака, затражи као њихов наследник обештећење (случај из немачке судске праксе). Поверилац одлаже утужење захтева не би ли дужника тако довео у ситуацију када ће отежано моћи да се послужи доказима (случај из швајцарске судске праксе). Уговорник одбије извршење уговорене чинидбе или затражи повраћај датог позивајући се на то да уговору који је закључио недостаје прописана форма, иако је он био тај који је навео другог уговорника да сматра да форма није потребна, или га је наговорио да из финансијских разлога уговору не дају прописану форму (случајеви из швајцарске судске праксе). Онај ко је манипулишући информацијама омео другога да благовремено оствари своје право, мора допустити и закаснило вршење права (случај из немачке судске праксе). Приговор преклузије истакне онај ко није саопштио нову адресу, услед чега тужилац није могао да у преклузивном року поднесе тужбу за утврђивање очинства (случај из швајцарске судске праксе). Приговор застарелости употреби онај ко се свесно непуноважно одрекао истицања приговора застарелости за одређени период како би избегао да буде тужен, онај ко је непуноважно уговорио продужење рока застарелости у истом циљу, онај ко је све до часа када је истакао приговор застарелости преговарао са оштећеним о висини накнаде штете како би код повериоца створио утисак да ће вансудски остварити своје право, онај легатар који је истакао приговор застарелости иако је својим понашањем преварно навео корисника да верује да ће извршити налог и тиме га одвратио од тога да правовремено захтева извршење, онај дужник који је обмануо повериоца да је инсолвентан, услед чега је овај пропустио благовремено утужење (одлуке немачке судске праксе).¹⁰¹

У домаћој судској пракси санкционисање злоупотребе неморалним вршењем права може се утврдити у следећим случајевима: ако власник исту непокретност отуђи више пута разним лицима, онај међу њима ко је касније стекао правни основ, и, знајући за раније прибавиоце, пре њих затражио и постигао укњижбу, ипак уписом не може стећи својину јер је због његове несавесности то противно моралу и забрани злоупотребе

¹⁰¹ V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Nomos“, Beograd, 1997., 44-45.

права.¹⁰² Када прималац издржавања по уговорима о доживотном издржавању вишеструко отуђује исте непокретности, при оцени стицања права својине одлучује се применом начела друштвеног морала, савесности и поштења и забране злоупотребе права.¹⁰³ Странка која је осујетила да уговор буде закључен у прописаној форми, а потом, пошто је уговор обострано извршен, тражи повраћај датог позивајући се на недостатак прописане форме који је она сама скривила, поступа противно савесности и поштењу и друштвеном моралу,¹⁰⁴ одн. моралном схватању друштва да нико не може свој захтев заснивати на властитим пропустима.¹⁰⁵

5.8. Неправично вршење права

У упоредном праву нема примера за законску одредбу или пропис друге врсте који би неко вршење права забрањивали као злоупотребу права зато што је у нескладу са правдом. Али се у правној теорији и судској пракси могу наћи квалификовања појединих случајева вршења права као злоупотребе права из разлога непомирљивости такве ситуације са правдом.

Противност вршења права принципу правичности најмање је одређен критеријум.

Злоупотребу у овом случају чини онај чије је вршење права неправично. То ће бити онда када понашање титулара шкоди другоме, а постојање субјективног права није довољно да се то шкођење оправда јер је толико неправично да други буде изложен том шкођењу.

Овај вид злоупотребе конципиран је објективно.

Примера ради, када постоји пропуст који је странка сама скривила, иако није при томе неморално поступала, тада се из разлога правичности не може допустити да други због тога трпи као и када је пропуст странке уједно неморалан, када се то не може допустити из разлога моралности. Нпр., ако родитељ, знајући да је дозвола потребна, без потребне дозволе органа старатељства закључи уговор о располагању малолетниковом ствари, па потом, због тога што је са купцем у међувремену покварио односе, затражи повраћај ствари позивајући се на то да је уговор непуноважан (због немања дозволе),

¹⁰² Закључак са Саветовања грађанских и грађанскопривредних одељења Савезног суда, Врховног војног суда и врховних судова република и аутономних покрајина, од 28-29.5.1986, Преглед судске праксе, Прилог "Наше законитости", 32, 1987., 57.

¹⁰³ Врховни суд Хрватске, Рев. 2583/86 од 24.3.1987., Преглед судске праксе, Прилог "Наше законитости", 34, 1987, одл. Бр. 106, 103.

¹⁰⁴ Врховни суд Војводине, Рев. 442/80 од 7.11.1980., „Судска пракса”, 7, 1981., 51.

¹⁰⁵ Одлука Савезног суда Гзс. 35/95 од 28.9.1995. (РЈТ Гт 1-2332/93 од 9.2.1994., СДТ Гт 240/95 од 14.5.1995., ВСС Гзз 62/94 од 5.10.1994), Право (теорија и пракса), 6,1997, 70.

тада ће му се правна заштита ускратити применом правила *nemo auditur* (неморалност вршења као злоупотреба права), јер је као родитељ знао да је одобрење потребно (случај из аустријске судске праксе). Ипак, и ако није знао за недостатак (да је дозвола потребна), опет поништење уговора може да се одбије, али због тога што би било неправедно. Такође, када је, без дозволе органа старатељства продата непокретност туженој којој је била одузета пословна способност, и извршена укњижба, а касније – када су се покварили односи међу странкама – затражено брисање уписа (тужене којој је у међувремену враћена пословна способност) због недостатака пуноважног правног основа, суд је одбио тужбени захтев јер се „не може ускадити са правним осећајем заједнице“ (случај из аустријске судске праксе).¹⁰⁶

6. Правни основ забране злоупотребе права

Као што се из наведених примера домаће и стране судске праксе може видети, злоупотреба права није допуштена, односно, забрањена је. Правни поредак има негативан однос према злоупотреби права. Правни режим који важи за злоупотребу права битно је различит од режима допуштеног вршења права: злоупотреби се, као и деликту, ускраћује правно признање и заштита. Режим злоупотребе онакав је какав је режим који важи за некога ко врши деликт, ко нема право.

Начини прописивања, позитивисања забране злоупотребе права у правним системима који прихватају овај институт није исти. Законодавни облици изражавања принципа недопустивости злоупотребе права различити су и установљени су на следеће начине:

- директном, непосредном забраном злоупотребе права у Уставу, како је учињено, нпр., у Уставу Грчке у чијем члану 25. став 3. је прописано: „Злоупотреба права није допуштена“;¹⁰⁷ или у Уставу Јапана у чијем члану 12. је прописано: „Слободе и права гарантована људима овим Уставом треба да буду успостављене сталним настојањима људи, који ће се уздржати од било какве злоупотребе ових слобода и права, и увек ће

¹⁰⁶ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 47-48.

¹⁰⁷ The Constitution of Greece, As revised by the parliamentary resolution of April 6th 2001 of the VIIth Revisionary Parliament, Article 25/3: The abusive exercise of rights is not permitted. Dostupno na <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/gr/gr220en.pdf>, pristup 2.10.2016.

бити одговорни за њихово коришћење за јавно благостање“;¹⁰⁸ или у Уставу Бугарске у чијем члану 57. став 2. је прописано: „Права не треба да буду злоупотребљена, нити треба да буду вршена на штету права или легитимних интереса других“;¹⁰⁹

- уставном забраном таквог вршења права, које би могло да доведе до кршења права и слобода других лица (члан 17. Устава Руске Федерације);

- захтевом коришћења норми моралности, разумности, савесности и праведности при остваривању права (конкретно, члан 19. Устава Италије¹¹⁰ каже да свако има право да исповеда своја верска уверења у било ком облику, осим обреда који су у супротности са добрим моралом);

- прописима који указују на последице злоупотребе права и слобода (члан 18. Основног закона Немачке¹¹¹ гласи: „Ко злоупотребљава слободу мишљења, слободу штампе, слободу наставе, слободу окупљања, слободу удруживања, приватност преписке, поштанске или телекомуникационе, имовину, или право на азил ради борбе против основа слободног демократског устројства, лишава се тих права“);¹¹²

- директном, изричитом забраном злоупотребе права у законима државе, како је то учињено у Србији одребама Породичног закона¹¹³ у којима је прописано: забрањена је злоупотреба родитељског права.¹¹⁴ Родитељ који злоупотребљава права или грубо занемарује дужности из садржине родитељског права може бити потпуно лишен родитељског права.¹¹⁵

¹⁰⁸ Japan's Constitution of 1946, Article 12: The freedoms and rights guaranteed to the people by this Constitution shall be maintained by the constant endeavor of the people, who shall refrain from any abuse of these freedoms and rights and shall always be responsible for utilizing them for the public welfare. Dostupno na https://www.constituteproject.org/constitution/Japan_1946.pdf?lang=en, pristup 2.10.2016.

¹⁰⁹ Bulgaria's Constitution of 1991 with Amendments through 2007, Article 57/2: Rights shall not be abused, nor shall they be exercised to the detriment of the rights or the legitimate interests of others. Dostupno na: https://www.constituteproject.org/constitution/Bulgaria_2007.pdf?lang=en, pristup 2.10.2016.

¹¹⁰ The Constitution of the Italian Republic, Article 19: All have the right to profess freely their own religious faith in whatever form, individually or in association, to propagate it and to exercise it in private or public worship, provided that the rites are not contrary to good morals. Dostupno na: http://www.constitutionnet.org/files/Italy_Constitution.pdf, pristup 2.10.2016.

¹¹¹ Basic Law for the Federal Republic of Germany, Article 18 [Forfeiture of basic rights]: Whoever abuses the freedom of expression, in particular the freedom of the press (paragraph (1) of Article 5), the freedom of teaching (paragraph (3) of Article 5), the freedom of assembly (Article 8), the freedom of association (Article 9), the privacy of correspondence, posts and telecommunications (Article 10), the rights of property (Article 14), or the right of asylum (Article 16a) in order to combat the free democratic basic order shall forfeit these basic rights. This forfeiture and its extent shall be declared by the Federal Constitutional Court. Dostupno na: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80201000.pdf>, pristup 2.10.2016.

¹¹² А. А. Малиновский, *Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Московский государственный институт (Университет) международных отношений МИД России, Москва, 2009.

¹¹³ „Службени гласник“ Републике Србије број 18/2005, 72/2011 – др. закон, 6/2015.

¹¹⁴ Члан 7. став 3. Породичног закона Републике Србије.

¹¹⁵ Члан 81. став 1. Породичног закона Републике Србије.

- забраном у законима државе појединих видова злоупотребе. Тако, одредбама Закона о основама својинскоправних односа Србије,¹¹⁶ прописано је: власник остварује право својине у складу са природом и наменом ствари; забрањено је вршење права својине *противно циљу* због кога је законом установљено или признато.¹¹⁷ Такође: на ствари на којој постоји право својине може се засновати право службености, право стварног терета и право залоге, под условима одређеним законом; забрањено је вршење права из става 1. овог члана противно циљу због кога су законом установљена или призната.¹¹⁸ Такође, одредбама Закона о облигационим односима Србије,¹¹⁹ рубрум „Забрана злоупотребе права”, прописано је: забрањено је вршење права из облигационих односа *противно циљу* због кога је оно законом установљено или признато.¹²⁰

У Србији је забрана злоупотребе права прописана, видећемо, и другим (процесним) законима.

Устав Републике Србије из 2006. године,¹²¹ нажалост, не садржи одредбе о злоупотреби права. У теорији је примећено да је у одељку о основним начелима, за разлику од Повеље и Устава Србије из 1990. у којем је било прописано: „Злоупотреба слобода и права човека и грађанина противуставна је и кажњива, онако како је то законом предвиђено“,¹²² неоправдано изостављена изричита забрана злоупотребе права.¹²³

Међутим, и тамо где злоупотреба права није изричито забрањена на уставном нивоу, може се тврдити да важи *општи правни принцип забране злоупотребе права*. За

Међутим, у наставку текста члана 81. законодавац је навео конкретне радње, које су радње кривичних дела. Тако, члан 81. став 2. Породичног закона гласи: родитељ злоупотребљава права из садржине родитељског права: ако физички, сексуално или емоционално злоставља дете; ако израбљује дете силећи га на претерани рад, или на рад који угрожава морал, здравље или образовање детета, односно на рад који је забрањен законом; ако подстиче дете на вршење кривичних дела; ако навикава дете на одавање рђавим склоностима; ако на други начин злоупотребљава права из садржине родитељског права.

¹¹⁶ „Службени лист СФРЈ“, бр. 6/1980 и 36/1990, „Службени лист СРЈ“, бр. 29/1996, „Службени гласник РС“ бр. 115/2005- др. Закон).

¹¹⁷ Члан 4. став 1. и 2. Закона о основама својинскоправних односа.

¹¹⁸ Члан 6. став 1. и 2. Закона о основама својинскоправних односа.

¹¹⁹ „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93 и „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 - Уставна повеља.

¹²⁰ Члан 13. Закона о облигационим односима.

¹²¹ „Службени гласник РС“, бр. 98/2006.

¹²² Члан 12. став 3. Устава Републике Србије из 1990. године.

¹²³ „Уместо тога уставописац је прокламовао циљ уставних јемстава људских и мањинских права предвиђајући да она служе очувању људског достојанства и остварењу пуне слободе и једнакости сваког појединца у праведном, отвореном и демократском друштву, заснованом на начелу владавине права (члан 20). Оваква формулација, изразито ненормативног карактера, каква се најчешће не среће у уставима, може само да послужи при тумачењу уставом зајемчених људских права“. Вид.: D. Simović, *Ljudska prava u Ustavu Srbije od 2006. - kritička analiza*, u zborniku „Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava“ (urednik: prof. dr Zoran Radivojević), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2008., 325-348.

важење једног правног принципа потребно је и довољно да идеју изражену као опште правило, способно за конкретизовање, прихвати бар један од мериторних учесника правног живота – законодавац, или правна пракса или правна наука. Забрана злоупотребе права представља *опште правило* које је конкретизовано путем мање општих правила, у виду бар осам забрана – забране противциљног вршења права, шиканозног, неморалног, несразмерног итд. Прихватили су је сви мериторни субјекти правног живота, законодавац, пракса, теорија.^{124, 125}

По јединственом мишљењу теорије, забрана злоупотребе права је у правном поретку *неписани општи правни принцип* (неписани принцип правног поретка), док одредбе о забрани злоупотребе права прописане у гранским законима (ЗОО, ЗОСПО, ЗПП, ЗКП и другим) представљају само изричито позитивисање тог принципа за дотични вид злоупотребе, или за дотичну грану права, а не једино важећу правну норму о видовима злоупотребе.¹²⁶ Забрана злоупотребе права важи као општи правни принцип и у правним системима у којима није изричито изражена у гранским законима.¹²⁷ Кроз

¹²⁴ „У том смислу, главни значај принципа недопустивости злоупотребе права је стварање могућности да се реагује на конкретне радње одређених лица, када се утврди да оне крше легитимне интересе (и приватне и јавне), али које законом нису директно забрањене. Овај принцип омогућава кроз акте примене (индивидуални прописи) или путем тумачења аката (акти, образложени резултати тумачења права) да се потврди незаконитост таквог деловања, које произилази из општег смисла законодавства.

То је због чињенице да ниједно друштво не може да обезбеди човеку неограничену слободу, јер би то довело до испољавања себичне самовоље и анархизма, са бескрајним сукобима и конфликтима индивидуалних интереса. Зато је цео систем права и слобода конструисан на такав начин да се осигурају законити интереси људи и да се спречи могућност повреда њихових права и слобода, као резултат злоупотребе права од стране појединих лица“. Вид.: А. Я. Курбатов, А. С. Подмаркова, *Недопустимость злоупотребления правом как общеправовой принцип реализации прав*, журнал „Хозяйство и право“, 2009 г., № 2, 106-117.

¹²⁵ „Недопустивост злоупотребе субјективног права мора да се разматра у смислу општег правног принципа права. Овај принцип је изражен у забрани штетног остваривања, било субјективног права у супротности са његовом сврхом, а такође и у забрани несавесног, неразумног и неморалног остваривања субјективног права“. Вид.: А. А. Малиновский, *Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Московский государственный институт (Университет) международных отношений МИД России, Москва, 2009.

¹²⁶ „Из свега реченог, произилази да је забрана злоупотребе права принцип, и то један од основних принципа у вршењу права. Чак и да злоупотреба права није забрањена посебним одредбама, одговорност за злоупотребу у праву може се изрећи на основу духа модерних устава. О томе сведоче бројна ограничења најапсолутнијег права – права својине, чије вршење, по духу устава, не може бити на штету целине. То указује, утолико пре, да су ограничена и остала права“. Вид.: R. Kovačević Kuštrimović, *Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava*, u „Međunarodna konferencija zloupotreba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 17-30.

¹²⁷ „Чини нам се да таква законска категорија као недопустивост злоупотребе права има све карактеристике и особине, не само општеправног принципа, већ и принципа који се реализује у оквирима кривичног судства: висок степен општости; дејство на комплетан кривични поступак; сагласност и повезаност са другим принципима; нормативно правни карактер; израз у држави владајућих политичких и правних идеја које се тичу начина спровођења поступка у кривичним стварима; могућност коришћења као критеријума законитости поступка и одлука“. Вид.: С. М. Даровских, О. И. Даровских, *Принцип недопустивости злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, Вестник ЮУрГУ, № 43, 2012, Серия „Право“, выпуск 32, 28-32.

одредбе гранских закона (ЗОО, ЗОСПО, ЗПП, ЗКП) општи правни принцип забране злоупотребе права само је изричито конкретизован и позитивисан у погледу одређених видова злоупотребе (противциљног, неморалног вршења права), али тиме принцип забране злоупотребе није исцрпљен у погледу забрањених видова злоупотреба.¹²⁸ Као што противност вршења права циљу права није једини облик вршења права који је забрањен, тако се из неписаног правног принципа забране злоупотребе права, поступком конкретизације, изводи забрана и свих других видова злоупотребе.¹²⁹

Општи правни принцип забране злоупотребе права има практичну важност. Наиме, постоје ситуације да се у истом случају стекну више разлога недопуштености вршења права, међу њима и онај предвиђен у гранском закону, што допушта да се правна реакција у таквом случају заснује на тој одредби, иако она има у виду само један критеријум злоупотребе. Али, онда када неко вршење права обухвата само један недостатак вршења или више њих, а да ниједан од њих није онај позитивисан у закону, конкретизовањем општег принципа забране злоупотребе права потврђује се његова незаменљивост другачијим правним решењем.

Осим тога, општи правни принцип забране злоупотребе права омогућава основ за разговоре на појаве евентуалних нових видова злоупотребе права. И када у конкретном

¹²⁸ Српски кривичнопроцесни закон, како ћемо видети, садржи међу основним начелима кривичног поступка и принцип забране злоупотребе (процесних) права, али, барем не непосредно, није позитивисао видове злоупотребе. Они се могу извести посредно, из појединих одредби закона (види рубрум „Садржај завршних речи“, одредбу члана 413. став 6. Законика о кривичном поступку).

¹²⁹ А. Ј. Курбатов – А. С. Подмаркова налазе принцип забране злоупотребе права у систему међународних и унутрашњих правних норми, наводе: „Недопустивост злоупотребе права, као и било који други правни принцип, изражен је у систему правних норми.

У општем смислу, недопустивост злоупотребе права утврђена је у ставу 3 члана 17 Устава [Руске Федерације], према којем остваривање права и слобода човека и грађанина не сме да нарушава права и слободе других лица.

Ова одредба је садржана у Глави 2 Устава Руске Федерације, која је посвећена правима и слободама човека и грађанина. Исто тако, та права и слободе се односе и на правна лица у мери у којој она по својој природи могу да се примене на њих (види, на пример, страну 1 став 4 образложења одлуке Уставног суда од 17. децембра 1996. Н 20-П, страну 2 став 4 образложења одлуке Уставног суда од 12. октобра 1998. Н 24-П).

Поред тога, у складу са ставом 2 члана 36 руског Устава поседовање, коришћење и располагање земљиштем и другим природним ресурсима које врше власници је слободно, ако то не наноси штету околини и не нарушава права и законите интересе других лица.

Забрана злоупотребе права садржана је у Конвенцији од 4. новембра 1950. "О заштити људских права и основних слобода". Према члану 17. ове конвенције, ништа у њој не може да се тумачи као право за ма коју државу, групу лица или лица да се укључе у било коју активност или на вршење икаквих акција усмерених на укидање права и слобода признатих у овој Конвенцији, или на њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом.

У вези са тим, принципијелно је погрешно разматрати принцип недопустивости злоупотребе права само као принцип грађанског права (односно, као грански принцип). Иако, наравно, он може да буде установљен и у нормама других грана права“.

Вид.: А. Ј. Курбатов, А. С. Подмаркова, *Недопустивост злоупотребе права као общеправног принципа реализације прав*, журнал „Хозяйство и право“, 2009 г., № 2, 106-117.

случају закаже осмофазни тест, јер вршење права није ни противциљно, ни неморално, ни шиканозно, ни бескорисно, ни несразмерно, ни непримерено, ни противречно, ни неправично, и тада се може реаговати на основу генералне забране злоупотребе права.¹³⁰

7. Правна природа и појам злоупотребе права

7.1. Спољна и унутрашња теорија злоупотребе права

Долазимо до камена спотицања када је реч о злоупотреби права. У правној теорији и данас не постоји сагласност која је правна природа злоупотребе права.

Заправо, нема јединственог одговора на питање да ли је злоупотреба права правни појам или није, те ако јесте да ли се може уклопити у дводеобну поделу људских радњи на оне сагласне праву (законите) и противне праву (незаконите, или чак противправне), или је злоупотреба права нешто треће, особено правно релевантно поступање.

Ако апстрахујемо мишљења аутора који сматрају да злоупотреба права уопште није правни појам,¹³¹ већ друштвени, или искључиво морални,¹³² дакле, сва мишљења о правној природи злоупотребе права могу се разврстати у два супротстављена, битно различита става, која се у немачкој правној књижевности називају спољна теорија и унутрашња теорија злоупотребе права. Врхунац спора достигнут је чувеном полемиком у Француској између Жосерана и Планиола у трећој деценији XX века.¹³³

Према *спољној теорији* забрана злоупотребе права не утиче ни на садржину права, на његов састав, дакле ни на овлашћења које титулар има, ни на постојање права. Титулару право припада по себи и за себе апстрактно узето. Ко злоупотребљава право, тај врши право, чини нешто што је допуштено законом, а не врши прекршај, нешто што је забрањено.¹³⁴ Злоупотреба права се одвија у подручју вршења права, а да само право

¹³⁰ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 101-110.

¹³¹ M. Rotondi, *L'abuso del diritto* in Riv. Dir. Civ. 1923., 105.

¹³² О. И. Цыбулевская, *Злоупотребление правом как нравственная проблема*, Вестник ВолГУ. Серия 5. Вып. 6. 2003-2004., 56-62.

¹³³ R. N. Ionescu, *La Cour de Justice des Communautés Européennes et les principes généraux du droit communautaire: l'exemple du principe général d'interdiction de l'abus de droit*, elektronski izvor, dostupno na [http://www.ucd.ie/t4cms/07_wish_paper_raluca_ionescu_\(moise\).pdf](http://www.ucd.ie/t4cms/07_wish_paper_raluca_ionescu_(moise).pdf), pristup 18.10.2014.

¹³⁴ Тако, И. Е. Сенников сматра да је, објективно посматрано, реализација права вршење одређених радњи предвиђених нормама права одређеним средствима са извесним последицама у одређеним роковима и на одређеном месту, а као крајњи резултат означава постизање пуне сагласности између законских прописа и њиховог опредељења у људском понашању. Закључак је да је свака употреба субјективног права, такође и она повезана са његовом злоупотребом, у суштини законито понашање. У правној литератури се често среће израз злоупотреба права као остваривање права „на зло“, али се ова околност при његовом изучавању не може искористити у смислу озбиљне методолошке претпоставке. Искључујући један моменат. Наиме,

при том не доживљава деформацију. Злоупотреба је противправно вршење права, али вршење права. Ко врши злоупотребу не прекорачује своје право, већ остаје у границама права.¹³⁵ Злоупотреба права није ограничавање садржине права, већ начина његовог вршења. Онај ко злоупотребљава право, има субјективно право, само га врши на начин којим према другој постиже дејство које право забрањује.¹³⁶ Другим речима, забрањено му је да врши право које има. Ако би своје право вршио, изложио би се санкцији.¹³⁷

Према ставовима поборника спољне теорије у случају злоупотребе права не важи правило *qui suo iure utitur neminem laedit*, пошто лице, иако врши своје право, одговара за последице тог вршења. Злоупотреба права, је према томе, изузетак од тог правила. Ко поступи противно забрани и злоупотреби право, тај врши право, само што га злоупотребљава. Дакле, он има право, једино не сме да га врши у датим околностима, а може у другим.

У прилог спољној теорији говори само наизглед прихватљива тврдња да само онај ко има право може да га злоупотреби, јер то произлази већ из самог израза злоупотреба

коришћење субјективног права на зло значи да је у том случају реч о таквом вршењу субјективног права које причињава штету другим учесницима у друштвеном односу. Из тога следи да је неопходно да се злоупотреби права приступи као према законитој радњи вршења субјективног права која причињава штету (оштећење) учесницима друштвених односа. Дакле, злоупотреба права се може окарактерисати као законом дозвољена социјално штетна радња усмерена на вршење субјективног права. Вид.: И. Е. Сенников, *Злоупотребление правом и социјално допустимое поведење граждан*, Вестник Нижегородског универзитета им. Сериа: Право. Вып. 1 (5), Нижний Новгород, 2002., 158-167.

¹³⁵ Тако мишљење заступа, рецимо, Р. Ковачевић Куштримовић која, како смо навели под злоупотребом права подразумева вршење свога права противно циљу због којег је признато и заштићено или противно моралу друштва или ненормално (неуобичајено, бескорисно) вршење које има за последицу наношење штете другој или угрожавање туђег права или другу непријатност, каже: „Лице које злоупотребљава право не прекорачује своје право, већ остаје у границама свога права. По томе се злоупотреба права разликује од осталих повреда права“. Вид.: Р. Ковачевић Куштримовић, *Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 17-30.

¹³⁶ „Када је реч о злоупотреби права у општем смислу ... није реч о неовлашћеном вршењу права у смислу да корисници немају овлашћење (право), већ о коришћењу субјективног права на такав начин да се према субјективним правима других лица ... постиже дејство које право забрањује. Злоупотреба права према томе претпоставља постојање права, али и унутрашње ограничење његовог вршења супротно легитимним очекивањима или коришћење са искључивим циљем да се другој нанесе штета“. Вид.: Р. D. Vukadinović, *Zloupotreba prava u apstraktnim bankarskim poslovima*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 149-161.

¹³⁷ „Да би се разумела суштина злоупотребе субјективног права предлаже се да се направи разлика између граница субјективних права и границе остваривања субјективног права. Границе субјективног права су утврђене у постојећем закону, апсолутно су одређене (императивним нормама), одредбе јасно дефинишу степен слободе овлашћеног лица. Границе остваривања субјективног права су изражене у релативном одређеним прописима, који пружају могућност овлашћеном лицу да оствари право по сопственом нахођењу“. Вид.: А. А. Малиновский, *Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Московский государственный институт (Университет) международных отношений МИД России, Москва, 2009.

права, који говори управо о томе шта се дешава са правом, наиме, оно постоји и злоупотребљава се.

Према *унутрашњој теорији* забрана злоупотребе права одређује управо саму садржину права, његов састав, одређује постоји ли право на неко одређено понашање или не, има ли титулар неко овлашћење или нема, је ли или није овлашћен на неку радњу. Ограничавање вршења права ограничава само право, као што је и садржином права ограничено вршење. Учење о забрани злоупотребе права је учење о границама садржине права. Забрана злоупотребе права исказује границу која је неодвојива од садржине права. Онај ко право злоупотребљава, тај се више не креће у његовим границама, него изван права јер је прекорачио његове границе. Злоупотреба и право се искључују. „Право престаје тамо где почиње злоупотреба”.¹³⁸ Злоупотреба права је прекорачење права, при чему право постоји само са формалног становишта, док са материјалног постоји само у смислу прекорачења, односно више и не постоји, па се претендовање на право показује као злоупотреба права.

У складу са унутрашњом теоријом – која је једино прихватљива – у случају злоупотребе постоји само привид права, а не право. Вршење права је вршење његове садржине. Права нема ван његове садржине. Оно што не сме да се врши и не улази у садржину права. Вршећи оно што се не сме, не врши се право изван његових граница, него се право и не врши, јер изван својих граница и не постоји.

Правило *qui suo iure utitur neminem laedit* важи, дакле, без изузетка, а одговорност за последице злоупотребе није изузетак од тог правила, јер се у случајевима злоупотребе и не ради о вршењу права и о одговарању за последице вршења права, већ о вршењу

¹³⁸ М. Planiol, G. Ripert, *Traite elementaire de droit civil francais*, II, Paris, 1932., 298.

неправа¹³⁹ и одговарању за последице вршења неправa.¹⁴⁰ Ко врши право не одговара за последице вршења права, а у случају злоупотребе право се не врши, него се одговара за вршење неправa. Ко има право, ако га врши, уопште и не може да га злоупотреби. Право и злоупотреба се искључују, никако не могу заједно. У случајевима који се означавају као злоупотреба постоји само привид права, радња без права.

Дакле, будући да злоупотреба права уопште ни не постоји *in abstracto*, већ једино кроз своје видове, ниједан вид злоупотребе права (ни шиканозно, ни бескорисно, ни противциљно итд.) не представља вршење права: ни у једном од тих случајева не постоји право у часу када се лице понаша као титулар права. Изузетак је злоупотреба у виду *venire contra factum proprium*, јер је у овом случају лице раније имало право, али је оно престало и више га нема у часу када предузима накнадно понашање и када се позива на право.

Сваки од критеријума злоупотребе права одређује управо границе права, где право престаје, односно када га нема. Постојање неког од таквих разлога у датом случају значи непостојање права, значи да је радња изван граница права, изван права. Постоји само позивање лица на право, претензија на право, али не и право.

Учењем и нормама о злоупотреби права не одговара се на питање: сме ли неко у датом случају да врши право, већ на питање: има ли право.

¹³⁹ „Ако, дакле, прихватимо правност као једнако битну карактеристику права као што је то и сила, и која право једнако разликује од других друштвених појава, и ако све њене атрибуте у позитивном и негативном смислу схватимо као равноправне у поступку разумевања, можемо рећи да све што је против правности, односно што је противправно, стаје у појам неправa. Све што је противно позитивном праву неке заједнице без обзира на начин вршења или испољавања тог противљења, представља неправo према актуелном праву. Збир свих повреда, злоупотреба, заустављања редовног правног саобраћаја, деструкције правног поретка свих нивоа, разумевамо као неправo. Неправo представља општи оквир противправности схваћене као услова постојања деликта свих врста. Деликта нема без противправности. Противправност се одређује и заснива као негација правности (основе за разликовање правних појава од осталих друштвених појава), а неправo као скуп свих противправних аката и стања који у једном поретку ремеће изглед и функцију позитивног права. Ако је право систем друштвених односа уређених правном нормом коју одликује правност (исто колико и сила), онда је неправo систем противправних аката унутар нормиране стварности који настаје негацијом и деструкцијом правности. Тако се посредством неправa правном односу одузима његов кључни елемент који га одређује у односу на друге друштвене појаве и системе норми. Као што се право не може разумети искључиво кроз силу и када она обезбеђује правност, тако се ни неправo не може евидентирати као појава тек када га створи сила већег интензитета од оне садржане у позитивноправној гаранцији конзервирајућег насиља“. Вид.: Ђ. D. Sibinović, *Sila zakona protiv sile neprava*, у „Глас и писмо: Ђак Дерида у одјесима“ (urednik Petar Bojanić), Institut za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd 2005., 209-216.

¹⁴⁰ Уп.: „Злоупотреба права, у ствари, као израз релационе димензије активних правних ситуација, конкретизује се у повреди једне правне сфере од стране друге кроз изражавање моћи и овлашћења које су садржане у самом праву, али за циљеве који нису достојни заштите од правног поретка. У том смислу, принцип злоупотребе права није у супротности са старом максимом *qui iure suo vitur neminem laedit*, већ је потврђује“. Вид.: F. Scaglione, *L'abuso del diritto nel contratto*, *Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, Anno 2012., 237-262.

7.2. Израз „злоупотреба права“ је погрешан

Из свега реченог произилази да је термин „злоупотреба права“ погрешан.¹⁴¹ У случајевима који представљају злоупотребу права уопште се не ради о праву, јер лице које врши злоупотребу нема право, па се зато и не ради о његовој злоупотреби.

Зато су погрешни и сви они изрази којима се описује злоупотреба права: „недопуштено вршење права“, „вршење права преко његових граница“, „ненормално вршење права“, „неправилно вршење права“, „вршење права противно савесности и поштењу“, „вршење права противно слободи другог“, „антисоцијално вршење права“. Који год атрибут да се дода речи „право“ у опису злоупотребе неодговарајући је јер се у конкретном случају уопште не ради о вршењу права. Докле право сеже, дотле сме и да се врши. Тамо где више нема права, ту не може бити ни вршења права. У датим приликама лице ни нема право, није титулар, не врши право, већ неправо, поступа без права.

Дакле, иако се редовно говори о „злоупотреби права“, уопште никада није реч о вршењу права, него је увек реч о вршењу неправа. То (да је реч о вршењу неправа) ваља дословно схватити: као немање права, као недостајање права. Норме о злоупотреби права нису норме о вршењу права, него о немању права – о вршењу неправа.

7.3. Правна природа злоупотребе права

Вршење права је допуштена радња, радња која увек одговара законском (подзаконском, обичајноправном, судскоправном, уговорном итд.) опису садржине неког субјективног права, у начелу (*in abstracto*) и у конкретном случају (*in concreto*), и представља остваривање те допуштене садржине.¹⁴²

¹⁴¹ „Други аспект проблема огледа се у томе што је сам термин „злоупотреба права“ неприхватљив, јер сједињује у себи појмове који један другог искључују. Говорити о злоупотреби права исто је што и говорити о сувој води или леду који гори“. Вид.: Е. Н. Бырдин, Ю. И. Воронина, *Теоретические основы злоупотребления субъективным правом*, Академический Вестник № 3 (13), Научно-аналитический журнал, серия „Право“, „Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права“, Тюмень 2010., 12-15.

¹⁴² „Једна од суштинских одлика правног система је његова диспозитивност, под којом се схвата могућност субјекта права да делује слободно у оквирима позитивног права, да врши било какве радње које нису у супротности са законом. Те широке могућности, чија реализација води различита физичка и правна лица ка томе да обавезују друге субјекте, називају се субјективним правима. Напротив, кршење субјективног права представља прекршај, који се обично дефинише као вино понашање правно способног лица које је

Злоупотреба права, дакле, није вршење права.

Према заступницима спољашње теорије злоупотреба права је противправно вршење права, деликт. Противправност означава противност радње правној забрани или наредби.

Деликтна радња је забрањена радња која не одговара садржини неког субјективног права. Деликтна радња је увек забрањена (*in abstracto*), осим када у конкретном случају (*in concreto*) постоје разлози који искључују противправност. За разлику од злоупотребе права деликт је недопуштен јер је као такав прописан правном нормом, а не због постојања околности које представљају критеријуме злоупотребе.

Дакле, злоупотреба права није деликт.

За разлику и од деликта (који никада не представља овлашћење) и од вршења права (које увек представља овлашћење), злоупотреба права представља радњу која у највећем броју случајева (*in abstracto*) одговара законском (подзаконском, обичајноправном, судскоправном, уговорном итд.) опису садржине неког субјективног права, али која у конкретном случају (*in concreto*) није допуштена због постојања одређених разлога (критеријума, конституенса злоупотребе). Ови разлози ускраћују лицу право. Лице које врши злоупотребу поступа без права које би постојало да ови разлози не постоје, врши неправу.¹⁴³

Радња која представља злоупотребу права садржи апстрактну подесност (потенцију) да иначе (у начелу, *in abstracto*) одговара садржини одређеног субјективног права, али је непостојање таквог права у конкретном случају (*in concreto*). Неподесност радње да и *in concreto* представља садржину субјективног права потиче отуда што у конкретним случајевима постоје разлози који ту радњу чине недопуштеном или правно непризнатом (не и забрањеном). Ти разлози су: шиканозност радње, бескорисност, несразмерност, прекомерност, противциљност, непримереност, неморалност,

у супротности са прописаним нормама права, причињава штету другим лицима и подразумева правну одговорност.

Из наведених основа теорије права могуће је са довољном сигурношћу говорити о карактеру односа субјективног права и прекршаја. Диспозитивност као својство правног система омогућава да се формално разграниче два основна типа правно значајног понашања. Субјективно право може да се остварује само у оквирима закона (забране и наредбе), у исто време прекршај постоји само при изласку из тих оквира. Другим речима, субјективно право не може да се врши незаконито“. Вид.: В. В. Ларин, *К вопросу о противоправности злоупотребления правом*, Журнал Право и политика, 2007, № 3., 26-30.

¹⁴³ Уп.: „Ипак, сматрамо да се у случају злоупотребе не може говорити о неправу, него само о спречавању конкретног вршења субјективног права и отклањању последица до којих је оно довело. У том смислу се може позвати на изреку „*Abusus non tollit usum*“ – злоупотреба не искључује употребу. Односно, недозвољено, абузивно вршење права треба кориговати и свести на дозвољене границе“. Вид.: R. Svetić, *Kriterijumi za utvrđivanje zloupotrebe prava*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 70-77.

неправичност или противречност понашања. Конкретно понашање може само да изгледа као вршење права зато што понашање такве садржине у већини околности јесте допуштено. Правни значај околности да је оно што је у конкретном случају недопуштено, по правилу допуштено, или да оно што је у конкретном случају правно непризнато, по правилу јесте правно признато, могао би се исказати кроз постављање претпоставке да оно што у већини случајева одговара субјективном праву важи и у датом случају, тако да је на другој страни, а не на титулару да доказује да није тако. Пресумција је оборива, те онај ко тврди мора то и да докаже. Не пресумира се да је титулар поступао са намером шкођења, да је противциљно вршио право, да је непримерено вршио право итд., већ друга страна треба то да докаже.

Апстрактна потенција одређеног понашања да представља садржину субјективног права битно разликује злоупотребу права од других недопуштених или правно непризнатих понашања. Радња која представља деликт никада нема такву апстрактну потенцију. Деликти представљају у начелу (*in abstracto*) недопуштено понашање, а само изузетно (*in concreto*) допуштено (када постоје одређени разлози за искључење противправности). Злоупотреба права је, дакле, обрнута слика „у огледалу“ деликта: *in abstracto* је допуштена, а *in concreto* недопуштена радња. С друге стране, радња која представља вршење субјективног права увек има конкретну допуштеноост и правну признатост, а не само (као радња злоупотребе права тек) апстрактну подесност да буде садржина субјективног права.

Када се посматра у односу на деликт и овлашћење, злоупотреба права је посебна врста правне радње, и налази се између деликтне радње и допуштене радње, а различита

је од обе. Злоупотреба права није вршење права, нити је вршење деликта. У односу на деликт и овлашћење она је *aliud – tertium*.^{144, 145, 146, 147}

7.4. Дефиниција злоупотребе права

Ако се крене од ове битне карактеристике злоупотребе права, њене допуштености и правне признатости *in abstracto*, а недопуштености или правне непризнатости *in concreto*, тада је злоупотреба права недопуштена или правно непризната радња која би иначе могла одговарати садржини овлашћења, али у датом случају ипак не одговара из одређених разлога (због шиканозности, бескорисности и других наведених). Злоупотреба права је недопуштена или правно непризната радња која би – *in abstracto* – чинила садржину права да – *in concreto* – не постоје разлози који то спречавају.

Апстрактна потенција да неко понашање представља правно признату могућност када би могли да се апстрахују одређени разлози – а конкретна импотиција – да представља правно признату могућност због немогућности да се разлози апстрахују – чини карактеристичну разлику ове установе, док је припадањем обухваћених појава свету недопуштеног понашања или правно непризнатог, мада не и забрањеног понашања, означена њена родна (генусна) карактеристика.

И тако долазимо до дефиниције злоупотребе права коју смо цитирали у претходним излагањима и коју прихватамо као једино исправну.¹⁴⁸ Злоупотреба права је радња која би – иначе – представљала садржину неког овлашћења, да – у датом случају

¹⁴⁴ V. V. Vodinelić, *Takozvana злоупотреба права*, издавачко предузеће „Nomos“, Београд, 1997., 195-206.

¹⁴⁵ Уп.: „Злоупотребу права могуће је дефинисати као нешто средње између законитог поступања и прекршаја, јер последње не исцрпљује сва разноврсна понашања у правној сфери. Злоупотреба права у буквалном смислу је – коришћење од стране лица субјективног права које му припада на зло, тј. у супротности са интересима других лица или друштва. При том, зато што злоупотреба права није повезана са кршењем конкретних правних забрана, претпоставља се да лице делује у потпуној сагласности са одредбама закона, извршавајући све стављене му обавезе. Сходно томе, опште обележје злоупотребе права и прекршаја је наносење штете интересима лица, друштва или државе.

...
Сматрамо да дати феномен треба разматрати као самосталан сложени облик правног понашања“. Е. Н. Бырдин, Ю. И. Воронина, *Теоретические основы злоупотребления субъективным правом*, Академический Вестник № 3 (13), Научно-аналитический журнал, серия „Право“, „Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права“, Тюмень 2010., 12-15.

¹⁴⁶ Уп.: „На тај начин, по нашем мишљењу, посматрати злоупотребу права као варијанту законитог понашања није сасвим коректно. Пожељно је да се представи став оних научника који су склони да злоупотреби права признају улогу независног типа правног понашања“. В. В. Ларин, *К вопросу о противоправности злоупотребления правом*, Журнал Право и политика, 2007, № 3., 26-30.

¹⁴⁷ Н. Ю. Фролова сматра да је злоупотреба права „погранична“ правна категорија између законитог и незаконитог понашања, која се карактерише постојањем субјективних права, која субјект реализује у супротности са циљевима и наменом права, почињавајући при томе штету друштвеним односима, и онима који су заштићени, и онима који нису заштићени законом. Вид.: Н. Ю. Фролова, *Злоупотребление правом как „пограничная“ категория*, Журнал Новая правовая мысль, № 2(39), 8-12.

¹⁴⁸ Вид. текст изнад фусноте број 38.

– није, као штетна (појединачном, дифузном или јавном интересу), правно непризната или забрањена због мотива, дејства, начина или невредности, и зато санкционисана.¹⁴⁹

Садржински се злоупотреба права може приближити једино путем тзв. реалне, емпиријске (или дескриптивне), денотативне (дефиниције набрајањем, набрајајуће дефиниције). Овако дефинисана злоупотреба права састоји се од радње са јединим или првенственим циљем нашкодити другоме, или радње бескорисне а другоме штетне, или радње противне циљевима норми које признају субјективна права, или радње несразмерно мање вредне од штетног дејства другоме, или радње непотребно тегобне за другога, или радње противречне другим сопственим радњама, или радње неспојиве с моралом, или радње противне правичности.¹⁵⁰

8. Ширина примене института

8.1. *Круг злоупотребљивих права*

Забрана злоупотребе права је неспоран правни принцип у вршењу грађанских субјективних права. Он важи не само у европском праву, већ и ван Европе (државе Јужне Америке).

Међутим, из сфере приватног права у којој су бројна апсолутна субјективна права ограничавана, како је време протичало, учење о злоупотреби права се проширило и на друге области (гране) права. Теорија злоупотребе права се данас сматра институтом опште теорије права; важи за све гране права (процесно, управно, радно,¹⁵¹ комерцијално, итд). То је општи постулат, са заједничким карактеристикама, али и са посебним особеностима у зависности од области права у којој се примењује.¹⁵² Теорија злоупотребе права примењива је и на домен јавног права.¹⁵³ Феномен злоупотребе права

¹⁴⁹ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 217-218.

¹⁵⁰ V. V. Vodinelić, *Ibid.*

¹⁵¹ M. Reljanović, A. K. Petrović, *Šikanozno vršenje prava, diskriminacija i zlostavljanje na radu – zakonska regulativa i praksa*, Pravni zapisi, God. II, br. 1 (2011), 186-196.

¹⁵² R. G. Loutayf Ranea, M. A. Loutayf: *Proscripción del abuso del derecho en el proceso civil*, „Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal“, Año IV, n° 6, Diciembre de 2010., 69.

¹⁵³ R. Kovačević Kuštrimović, *Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava*, u „Međunarodna konferencija zloupotreba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 17-30.

својствен је и друштвеним односима који су регулисани нормама јавног права.¹⁵⁴

Тако, постоје мишљења да је теорија примењива и на кривично право, те да прекорачење нужне одбране или крајње нужде, уствари, представља злоупотреба права на нужну одбрану или крајњу нужду. Наиме, законодавац је, прописујући нужну одбрану¹⁵⁵ и крајњу нужду,¹⁵⁶ као институте кривичног материјалног права, рекао да не чини кривично дело лице које поступа у нужној одбрани или крајњој нужди и јасно одредио границе вршења ових права (овлашћења). Прекорачењем граница нужне одбране¹⁵⁷ или крајње нужде¹⁵⁸ учинилац врши злоупотребу субјективног права на нужну одбрану, односно крајњу нужду.¹⁵⁹

У теорији се истиче да забрана злоупотребе важи и у јавном праву, при вршењу јавноправних овлашћења. Исто мишљење заступа и домаћа правна теорија, уз констатацију да не би могло да се нађе оправдање за то да се у домену јавног права не остварују оне вредности које правни поредак хоће да заштити путем установе забране злоупотребе права. Забрана злоупотребе права, као принцип, важи за овлашћења свих врста, без обзира на то да ли су она (по саставу) једносложна или сложена, да ли су (по садржини овлашћења) права власти, права тражења, преображајна права, права учешћа, да ли су (по дејству) апсолутна или релативна, да ли су (по објекту) облигациона, стварна, лична, итд. Ниједна врста права није имуна на шиканозност, бескорисност, неморалност итд. у своје вршењу. Сваки од критеријума који конституише злоупотребу може се затећи у вршењу било које врсте права, тако да је само ствар опредељења одређеног правног поретка да ли ће спречавати те појаве код свих врста права или код појединих предвидети другачије.^{160,161}

¹⁵⁴ В. Г. Пономарев, *О сушности злоупотребе правом и его месте в уголовном законодательстве российской федерации*, Вестн. Волгогр. гос. ун-та. Сер. 5, Юриспруд. 2012. № 1 (16), 158-167.

¹⁵⁵ Члан 19. став 1. и 2. Кривичног законика: Није кривично дело оно дело које је учињено у нужној одбрани. Нужна је она одбрана која је неопходно потребна да училац од свог добра или добра другога одбије истовремени противправни напад.

¹⁵⁶ Члан 20. став 1. и 2. Кривичног законика: Није кривично дело оно дело које је учињено у крајњој нужди. Крајња нужда постоји кад је дело учињено ради тога да учинилац отклони од свог добра или добра другога истовремену нескривљену опасност која се на други начин није могла отклонити, а при том учињено зло није веће од зла које је претило.

¹⁵⁷ Члан 19. став 3. Кривичног законика: Учиниоцу који је прекорачио границе нужне одбране може се казна ублажити.

¹⁵⁸ Члан 20. став 3. Кривичног законика: Учиниоцу који је сам изазвао опасност, али из нехата или је прекорачио границе крајње нужде, може се казна ублажити.

¹⁵⁹ В. Г. Пономарев, *Ibid.*

¹⁶⁰ V. V. Vodinelić, *op.cit.*, 173-174.

¹⁶¹ „Злоупотреба јавних овлашћења, као и субјективних права, изазвана је општошћу правних норми којима се она регулишту. Наиме, највећи број правних норми допушта извесну слободу у њиховом вршењу, стварајући тако простор за злоупотребу. То омогућава да се „изврне“ или „изокрене“ законом предвиђени циљ. Иако се јавноправна овлашћења врше у општем интересу, њихов „смер“ одређује воља њиховог „титулара“. Њих врше одређени субјекти који поседују вољу која може дато овлашћење да усмери ка

8.2. Злоупотреба права и процесноправни односи

У правној литератури постоји сагласност да се учење о злоупотреби права може применити и на процесноправне односе. Злоупотреба права важи и у поступцима пред државним органима. Злоупотребе процесних права учесника у поступку су реалност која је присутна у свим поступцима који се воде пред државним органима. Појава је уочена како од стране судске праксе (у делу у којем смо говорили о видовима злоупотребе права међу примерима из стране и домаће судске праксе¹⁶² могу се уочити и они из области процесноправних односа), тако и од стране процесноправне теорије. Везана је како за поступке пред државном администрацијом (управни поступак),^{163, 164} тако и за судске поступке (кривични поступак,¹⁶⁵ парнични, ванпарнични,¹⁶⁶ управни спор).

Нема потребе, штавише, потпуно је сувишно полемисати на тему да ли постоје злоупотребе процесних права учесника у поступцима који се воде пред државним органима као реална појава или не, из врло једноставног разлога, наиме, већина процесних закона Републике Србије садржи одредбе у којима се наводи појам „злоупотреба процесних права“ или „злоупотреба процесних овлашћења“. Дакле, „злоупотреба процесних права“ је у Србији процесноправни појам прихваћен од стране законодавца.

Тако, у Закону о Уставном суду наведено је да ће Уставни суд одбацити поднесак којим се иницира или покреће поступак пред Уставним судом, између осталог, ако

законом признатом циљу или противно циљу, иако се притом не вређају границе правних норми. Јавноправна овлашћења, макар их назвали и надлежностима, нису идентична са објективним правом – правном нормом, иако је „субјективност“ код њих сведена на најмању меру. За разумевање злоупотребе јавноправних овлашћења потребно је да се уђе у унутрашњост права, односно да се открију границе иза оних, утврђених правном нормом, које су првобитне, суштинске и „природне“. Оне се јављају као ограничења у зависности од околности сваког конкретног случаја. Тај принцип важи за грађанска субјективна права, али и за јавноправна овлашћења“. Вид.: R. Kovačević Kuštrimović, *Ibid.*

¹⁶² Сви су листом узети из изванредне монографије проф. др Владимира В. Водинелића *Такозвана злоупотреба права*, издавачко предузеће „Номос“, Београд, 1997.

¹⁶³ В. Marković, *Zloupotreba procesnih ovlašćenja u upravnom postupku*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Правни факултет Ниш и Институт за правно и друштвено истраживање, Ниш, 1996., 353-363.

¹⁶⁴ М. А. Sandulli, *L'abuso di processo*, електронски извор, доступно на [http://www.treccani.it/enciclopedia/l-abuso-di-processo_\(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/l-abuso-di-processo_(Il-Libro-dell'anno-del-Diritto)/), приступ 12.7.2014.

¹⁶⁵ В. Đurđević, *Zloupotreba vlasti organa krivičnog gonjenja*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Правни факултет Ниш и Институт за правно и друштвено истраживање, Ниш, 1996., 345-352.

¹⁶⁶ Н. Petrušić, *Prethodno pitanje u vanparničnom postupku i zabrana zloupotrebe procesnih ovlašćenja*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Правни факултет Ниш и Институт за правно и друштвено истраживање, Ниш, 1996., 332-342.

утврди да се поднеском злоупотребљава право.¹⁶⁷

У Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица наведено је да веће за малолетнике суда који је судио у првом степену, на молбу малолетника, његовог родитеља, усвојиоца или стараоца или на предлог надлежног органа старатељства, може решењем из оправданих разлога да одложи извршење заводске мере изречене малолетнику; о жалби против првостепеног решења одлучује веће за малолетнике непосредно вишег суда; молба и предлог за одлагање извршења заводске мере, као и жалба на првостепено решење задржавају извршење заводске мере; али, ако првостепени суд приликом поновног одбијања молбе за одлагање извршења утврди да се право на молбу злоупотребљава, одлучиће да жалба не задржава извршење заводске мере.¹⁶⁸

У Закону о извршењу кривичних санкција наведено је да молба за одлагање извршења казне затвора задржава извршење казне до правноснажности решења о молби; међутим, председник надлежног основног суда, који приликом одбијања други пут поднете молбе утврди да се право на молбу злоупотребљава, одлучиће да жалба не задржава извршење казне;¹⁶⁹ такође, молба за одлагање задржава извршење казне затвора до правноснажности решења о молби; али, ако Прекршајни апелациони суд приликом одбијања други пут поднете молбе утврди да се право на молбу злоупотребљава, одлучиће да жалба не задржава извршење казне.¹⁷⁰

У Закону о прекршајима у одредбама под насловом „Састављање записника“ наведено је да лицу које се испитује, односно саслушава може да се дозволи да само диктира одговоре у записник; у случају злоупотребе, то право му се може ускратити.¹⁷¹

Закон о парничном поступку, такође, садржи велики број одредаба које се изричито односе на злоупотребе процесних права учесника у поступку.

Истовремено, ниједан процесни закон не садржи дефиницију процесне злоупотребе учесника у поступку пред државним органом. Усудили бисмо се рећи да такву дефиницију не садржи ниједан законски акт, уопште.

И то је још једна карактеристика злоупотребе права уопште, као и злоупотребе процесних права посебно: феномен егзистира и неспоран је; истовремено, не постоји

¹⁶⁷ Члан 36. тачка 6. Закона о Уставном суду, „Службени гласник Републике Србије“ број 109/2007, 99/2011, 18/2013 (Одлука Уставног суда), 45/2015.

¹⁶⁸ Члан 116. став 6. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, „Службени гласник Републике Србије“ број 85/2005.

¹⁶⁹ Члан 65. Закона о извршењу кривичних санкција, „Службени гласник Републике Србије“ број 55/2014.

¹⁷⁰ Члан 227. Закона о извршењу кривичних санкција.

¹⁷¹ Члан 130. Закона о прекршајима, „Службени гласник Републике Србије“ број 65/2013.

законско одређење о чему је реч било са материјалноправног, било са процесноправног аспекта, док правна наука обилује најразличитијим дефиницијама и материјалноправног и процесноправног облика појаве.

У теорији постоје захтеви и покушаји за формирањем, осмишљавањем једног заједничког концепта злоупотребе процесних права који би био применљив на све судске поступке, уз поштовање специфичности сваког од њих. Тако, А. Комели наводи да су одређене карактеристике процесних злоупотреба прошириве, у попречном режиму, на све три јурисдикције (парнични, кривични, управни поступак) и закључује: „Изгледа да постоји, дакле, концепт злоупотребе поступка који има неке заједничке карактеристике у односу на три јурисдикције, али да претпоставља неизбежне специфичности и адаптације у оквиру појединих надлежности, у функцији различите структуре и предмета поступка“.¹⁷²

Другим речима, у доктрини не постоји јединствени општеприхваћени концепт процесне злоупотребе.

¹⁷² А. Comelli, *L'abuso del processo, con particolare riferimento al processo tributario*, Periodico: Diritto e pratica tributaria, 2012. I, 755-783.

Глава II

ОПШТА РАЗМАТРАЊА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ, ПРОЦЕСНИМ СУБЈЕКТИМА И ПРОЦЕСНИМ РАДЊАМА

1. Кривични поступак као правни однос и положај учесника у поступку

Кривични поступак је начин на који савремена држава решава сукоб настао извршењем кривичног дела. Кривично дело је најтежи деликт, атак на саму државу, њено устројство, постојање. Кривично право је *ultima ratio* постојања сваке државе. Тамо где је могуће некажњено чинити убиства, крађе, разбојништва, рушити закониту власт, тамо нема државе, права, већ влада незакоње, анархија. Држава, на основу суверене власти, има право кажњавања (*jus puniendi*), тј. право инкриминисања, прописивања кривичних дела и санкционисања, односно, одређивања кривичних санкција за та дела.

Кривични поступак је законом регулисано предузимање кривичнопроцесних радњи од стране процесних субјеката, са циљем доношења одлуке суда о кривичном делу, одговорности учиниоца, кривичној санкцији и другим процесним односима који су у вези са кривичним делом, а захтевају учешће и одлуке суда.¹⁷³ Кривични поступак је, дакле, систем законом уређених радњи и укупност међусобних односа процесних субјеката (суда, тужиоца, окривљеног), и других учесника у поступку. Кривичнопроцесне радње се спроводе и односи настају у случају вероватноће да је извршено кривично дело. Њихов циљ је да се утврди да ли је извршено кривично дело, ко је извршилац кривичног дела, да ли је извршилац крив, те да ли има услова за примену кривичних санкција.

¹⁷³ С. Бејатовић, *Кривично процесно право, треће измењено и допуњено издање*, ЈП Службени гласник, Београд, 2014., 39-40.

У Законнику о кривичном поступку Републике Србије¹⁷⁴ овај циљ је одређен у првом ставу првог члана, под насловом „Предмет законика”,¹⁷⁵ одредбом: „Овај законик утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка“. Овом циљу, односно задатку, подређено је укупно процесно поступање свих кривичнопроцесних учесника.

1.2. Кривични поступак као правни однос учесника у поступку

Кривични поступак је, по својој суштини, јавноправни правни однос између суда и странака, схваћен у развоју унапред ради утврђивања државног *ius puniendi*. Учесници у кривичном поступку, дакле, налазе се у кривичнопроцесном правном односу. Кривичнопроцесни однос је правно регулисано понашање процесних субјеката у међусобном процесном саобраћају, које је засновано на процесним правима и дужностима сваког субјекта у поступку расветљавања и решења кривичне ствари.¹⁷⁶

Кривичнопроцесни однос је друштвени однос правно регулисан нормама кривичног процесног права, који је нераскидиво везан за задатак кривичног поступка. Постоји само у форми правног односа, односно, не постоји у ванправном виду. Нераскидиво је повезан са кривичноправним односом, који настаје између активног и пасивног субјекта кривичног дела приликом извршења дела, међутим, различит је и релативно самосталан од њега. Кривичнопроцесни однос има посебан круг субјеката (учесника) и органски је повезан са кривичнопроцесном радњама учесника у поступку.¹⁷⁷

Кривичнопроцесни однос је тространи однос који се образује између кривичнопроцесних странака и суда као кривичнопроцесног субјекта, као и између самих странака (тужиоца и окривљеног) пред судом. Странке у њему учествују кроз оптужбу и одбрану и расправљањем о кривичној ствари, док суд води поступак и својом одлуком решава кривичну ствар. У току поступка долази до формирања и кривичнопроцесних односа између главних процесних субјеката и других учесника у поступку (сведока, вештака, тумача, стручних саветника), као и између самих

¹⁷⁴ Законик о кривичном поступку, „Службени гласник РС” број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/3013 И 55/2014.

¹⁷⁵ Како је основано примећено, рубрум овог члана не одговара у потпуности његовој садржини. Ова одредба се не односи на предмет, већ на циљ прописа утврђених закоником. Вид.: М. Grubač, Т. Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, trinaesto izdanje, „Projuris“, Beograd, 2014., 29.

¹⁷⁶ D. V. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Osmo dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1982., 134.

¹⁷⁷ D. V. Dimitrijević, *op.cit.*, str. 133.

кривичнопроцесних учесника. На овај начин се формира извесна вишестраност кривичнопроцесног односа која се, са становишта главних процесних субјеката и њихових функција, слива у тространи кривичнопроцесни однос и не отклања унутрашње јединство и целовитост односа оптужба-одбрана-суђење.¹⁷⁸ Наиме, поступања свих споредних субјеката су у функцији остваривања и заштите правних интереса главних субјекта кривичног поступка (суд, тужилац, окривљени), а усмерена на доказне радње, на утврђивање чињеница релевантних за решење кривичне ствари (сведоци, вештаци, стручни саветници), дакле, у функцији су расправности странака, или омогућавања, олакшавања расправности (тумачи).

Узајамна права и дужности кривичнопроцесних субјеката одређене су према задацима кривичног поступка и функцијама сваког од субјеката у јединственом систему кривичнопроцесне делатности. У својим међусобним додирима, везама и односима у току поступка кривичнопроцесни субјекти, учесници у поступку, упућени су на правно регулисано понашање, наиме, делатност сваког субјекта мора бити манифестација његових права и дужности у оквиру његове функције у поступку.

Свака процесна радња учесника у поступку предвиђена је и уређена одредбама Законика о кривичном поступку.

Кривичнопроцесни однос унутар себе карактерише динамичност. Сама чињеница да поступак представља стално кретање унапред намеће и динамику кривичнопроцесног односа, која се огледа у сталном мењању фонда права и дужности процесних субјеката у поступном остваривању кривичнопроцесног задатка. Свака кривичнопроцесна радња изазива следећу и тако све до решења кривичне ствари и окончања кривичног поступка.¹⁷⁹

„Црвена нит“ кривичнопроцесног односа је задатак кривичног поступка, односно, решавање и решење кривичне ствари. Кривичнопроцесни задатак повезује све фазе кривичног поступка од његовог почетка до окончања и чини кривичнопроцесни однос једним и јединственим.¹⁸⁰

Кривичнопроцесни однос је присутан и у предистражном поступку и у истрази. Динамика предистражног поступка и истраге има, у оквиру кривичнопроцесног задатка, да утврди вероватноћу постојања, односно непостојања кривичне ствари и да тако омогући даљи кривични поступак или доведе до његовог обустављања. У овим фазама

¹⁷⁸ D. V. Dimitrijević, *op.cit.*, str. 136.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ D. V. Dimitrijević, *op.cit.*, 134.

поступка није реч о утврђивању истине и пресуђењу кривичне ствари. Пресуђење је задатак главног претреса, суђења. Овако одређени непосредни задаци предистражног поступка, истраге и главног кривичног поступка, са њиховим фазама и варијацијама, условљавају динамику њиховог кретања. Покретање кривичног поступка треба да реши питање о основаности самог покретања поступка, а истрага да пружи потребне материјале како би се донела одлука да ли ће доћи до оптужења, или ће се поступак обуставити. Силе које делују у овим фазама поступка изражене су у процесним правима и дужностима суда и странака и представљају у акцији правила њиховог понашања у поступку. Странке у поступку, овлашћени тужилац и окривљени, имају пуну слободу акције.¹⁸¹

Принцип расправности странака и суда доминира у току целог поступка, у свим његовим фазама. Странке и суд у току целог поступка расправљају. Расправљање се не испољава само у једновременом и наизменичном усменом излагању странака пред судом. Расправљање се остварује и путем усменог или писменог изношења спорних чињеница, доказа и захтева, као и присуствовањем кривичнопроцесним радњама, с могућношћу да се утиче на њихово извођење. Ово се посебно односи на доказне радње. Овлашћени тужилац, окривљени и његов бранилац имају право слободног саобраћаја са судом. Ово право могу да остварују улагањем правних средстава и учествовањем у заседањима суда.¹⁸²

2.2. Кривичнопроцесни субјекти, њихов положај и права у кривичнопроцесном односу

2.2.1. Кривичнопроцесни субјекти и њихов положај у кривичном поступку

Актуелни кривичнопроцесни системи већине европских земаља су мешовити модел кривичног поступка, односно спој елемената акузаторског и инквизиторског модела. У мешовитим европским моделима у претходном стадијуму преовлађују инквизиторски, а у главном, судећем стадијуму долазе до изражаја акузаторски елементи.

Српско кривично процесно право је уређено закоником¹⁸³ (начело законитости кривичног поступка – *nullum actio sine lege*), који је главни извор кривичног поступка.

¹⁸¹ D. V. Dimitrijević, *op.cit.*, 136-137.

¹⁸² D. V. Dimitrijević, *op.cit.*, 137.

¹⁸³ Законик о кривичном поступку, „Службени гласник Републике Србије” број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/3013 и 55/2014.

Његове одредбе имају опште значење, јер се примењују на кривичнопроцесне односе ако нема посебних прописа. Законик има полазишта у међународним изворима о људским правима и Уставу. Концепција уређења законика почива на акузаторским компонентама устројства поступка и уређења процесних радњи, иако су задржани и одређени инквизиторски елементи. Редовни поступак је у закону уређен као основни систем правила поступања, његова правила су општа и детаљна, предвиђен је за кривична дела за која је прописана надлежност вишег суда. Супсидијарно се примењују на скраћени и на посебне поступке.

Главни субјекти кривичног поступка су суд, тужилац и окривљени. Без њих кривични поступак не може да постоји.

Положај кривичнопроцесних субјеката зависи од правних прописа којима се тај положај регулише, али не искључиво од њих. Измењене друштвене прилике доводе до потпуно различитих положаја процесних субјеката, упркос неизмењеном правном режиму.¹⁸⁴

Положај главних процесних субјеката у поступку није равноправан.¹⁸⁵ Неравноправност се испољава у извесној потчињености тужиоца, а нарочито окривљеног, суду.^{186, 187} Положај процесних субјеката јесте одраз њихових права у

¹⁸⁴ Т. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Zavod za izdavanje udžbenika, Beograd, 1964., 65-66.

¹⁸⁵ А. Mezglewski, *Twierdzenie, że w sprawach o wykroczenia respektowana jest zasada równości stron procesowych jest nadużyciem semantycznym*, elektronski izvor, dostupno na <http://prawonadrodze.org.pl/twierdzenie-ze-w-sprawach-o-wykroczenia-respektowana-jest-zasada-rownosci-stron-procesowych-jest-nadużyciem-semantycznym/>, pristup 19.8.2014.

¹⁸⁶ Т. Vasiljević, *op. cit.*, 65-66.

¹⁸⁷ Уп.: „Суд и осумњичени (конкретније: оптужени) нису једнаки у правима; између суда и браниоца, такође јавног тужиоца и одбране, не одлучује се на истом нивоу моћи, на којем се понашање може посматрати као „склоно злоупотреби“. У конкретном главном претресу суд одлучује да ли неко од учесника злоупотребљава своја права и према одлуци доноси санкционе мере, преко поднесених захтева али не одмах и не према меродавним правилима „злоупотребе посебних права“. Ово је последица инквизиционог принципа: циљ поступка није да се (на било који начин) постигне споразум, циљ је је да се утврди истина и помоћу поступка усвоји прихватљив („праведан“) резултат. То наравно са собом носи опасност да суд постане пристрасан, са последицом да провођење закона према оптуженом и самим тим и ефикасност његове одбране, постане знатно ограничено. Очигледно је да овде постоји потенцијал за злоупотребу права и самим тим истовремено и висок ризик легитимитета. Према искуствима, сама вероватноћа да ће доћи до злоупотребе моћи, у интересу је друге стране поступку да се иста делегитимише и санкционише

Против овога, према нашем схватању, помаже само правно правило, а не само циркуларно резонување о „бољем“ праву у дефиницији злоупотребе. Дакле, не ради се о томе да ли на обе стране долази до злоупотребе права, ово није питање; не ради се ни о томе да ли се различите и противне злоупотребе права међусобно поништавају, неутралишу и на неки нејасан начин усмеравају саме против себе. Ради се о томе да се морају дефинисати критерији по којима се врши процена понашања у поступку, те критерији њиховог придржавања и провера провођења. Иако правници ово нерадо чују: у природи је ствари да се овде ради о две стране нормативне медаље са трајним споровима и динамичним друштвеним прилагођавањима. Надлежност за формулисање важећих граница изгледа јасно постављена: одлуку доноси законодавац“. Вид.: Т. Fischer, *Konfliktverteidigung, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht*, StV 8/2010, 30 Jahre Strafverteidiger, 423-428.

поступку. Зато ћемо положај главних процесних субјеката сагледати кроз излагања о њиховим правима у поступку.

2.2.2. Права учесника у кривичном поступку (кривичнопроцесном односу)

Пре него изложимо права учесника у поступку, на начин како их регулише Законик о кривичном поступку, потребно је уочити две битне ствари.

Уобичајено је да се за процесна права учесника у кривичном поступку користе термини „право“ и „овлашћење“. Термин „право“ се најчешће везује за овлашћења физичких лица учесника у поступку. Израз „овлашћење“ се, пак, (углавном у правној теорији) везује за права професионалних учесника, односно, државних органа који учествују у поступку (полиција, јавни тужилац, суд).¹⁸⁸

Међутим, и етимолошки, али и са аспекта суштине ствари, између садржине ових појмова нема разлике.

На исти начин, ове појмове третира и законодавац у Законнику о кривичном поступку. Појмови „право“ и „овлашћење“ су са аспекта процесног закона (законодавца) синоними. Тако, када се у закону говори о овлашћењима јавног тужиоца, користи се реч „право“;¹⁸⁹ с друге стране када говори о процесним правима суда законодавац користи термин „овлашћење“ (овлашћења председника већа, овлашћења већа¹⁹⁰). Најбољи пример за овакву тврдњу је одредба Законика о кривичном поступку у којој је прописано да „осумњичени и његов бранилац могу [имају *право*] самостално прикупљати доказе и материјал у корист одбране. У циљу остваривања [овог] *овлашћења* осумњичени и његов бранилац имају *право*...“.¹⁹¹

Дакле, без обзира да ли се користио термин „право“ или термин „овлашћење“, те да ли се овај термин везује за државни орган (полиција, јавни тужилац, суд) или физичко лице (приватни тужилац, окривљени, бранилац, оштећени), реч је о њиховим процесним

¹⁸⁸ Тако, Д. Крапац наводи да обе странке у кривичном поступку могу да злоупотребе своја процесна права, као и неки други учесници (нпр. оштећени) у кривичном поступку. Јавно тужилаштво, као странка, у поступку има права, а као државни орган и овлашћења. И суд може да злоупотреби своја овлашћења. Али, повреде *овлашћења* су, заправо, увек повезане с повредама службене дужности које могу да учине функционери или службеници у државним органима који учествују у кривичном поступку. Вид.: Д. Крапас, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Davora Krapca na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu na temu: Zloupotrebe procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 129-178, elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

¹⁸⁹ Члан 43. Законика о кривичном поступку.

¹⁹⁰ Чланови 344, 265, 368. Законика о кривичном поступку.

¹⁹¹ Члан 301. Законика о кривичном поступку („Прикупљање доказа и материјала у корист одбране“).

правима која су им дата нормама Законика о кривичном поступку као учесницима у кривичнопроцесном односу.

Друга опаска односи се на карактер права која закон даје учесницима у кривичном поступку. Наиме, нису сва права учесника само „права“, „чиста права“. Кривични судски поступак обилује тзв. *правима-дужностима*,¹⁹² дакле, правима (овлашћењима) која су *пре свега, првенствено* права, али која морају да се врше у циљу кретања поступка од његовог почетка до окончања.¹⁹³ У теорији је примећено да су процесна права јавног тужиоца управо таквог карактера – истовремено и права и дужности. Међутим, кривичнопроцесна права-дужности имају и други учесници у поступку (суд, окривљени, бранилац). Такво је, нпр., право оптуженог на суђење у присуству. Затим, право браниоца да у кривичном поступку брани окривљеног (то се види из следеће законске конструкције: право је браниоца да у корист окривљеног предузима све радње које може предузети окривљени;¹⁹⁴ истовремено, дужност је браниоца да пружи окривљеном помоћ у одбрани стручно, савесно и благовремено^{195, 196}). Затим, право органа поступка, у судећој фази суда да води поступак и одлучује о предлозима странака. Све су ово права права-дужности, јер су као таква конципирана одредбама Законика о кривичном поступку.

Поједина процесна права могу да буду права-дужности у зависности од својства учесника у поступку (такво је, рецимо, право хапшења при извршењу кривичног дела, наиме, свако може ухапсити лице затечено при извршењу кривичног дела за које се гони по службеној дужности;¹⁹⁷ међутим, за овлашћена службена лица полиције то је право-дужност).

У овој „метаморфози“ процесних права у права-дужности могу да имају значаја и друге околности (запрећена казна, посебне потребе окривљеног). Тако, окривљени има

¹⁹² „У стварности међу субјективним правима потребно је разликовати она која имају несумњиво карактер права-дужности. То је највећи број права која припадају категорији родитељске власти. Ова права установљавају се непосредно у интересу појединца, а индиректно у интересу друштвене групе. Сва остала задовољавају потребе титулара, његове економске и моралне интересе”. Вид.: G. Vukadinović, *Temelji teorije zloupotrebe prava*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 11-16.

¹⁹³ Типично материјално право-дужност јесте родитељско право. Ово право је, примарно, право родитеља детета, али истовремено и њихова дужност.

¹⁹⁴ Члан 71. став 1. тачка 5. Законика о кривичном поступку.

¹⁹⁵ Члан 72. став 1. тачка 2. Законика о кривичном поступку.

¹⁹⁶ Иако циљ овог рада није критика нормативних решења одредаба ЗКП/2011, приметимо да је читава конструкција права и дужности браниоца у кривичном поступку, како је решена овим закоником, осмишљена и конципирана врло нестручно, неспретно. По нашем мишљењу, много боље је било, слично као и права јавног тужиоца, права и дужности браниоца навести након формулације: „Бранилац има права и дужности да...“.

¹⁹⁷ Члан 292. став 1. Законика о кривичном поступку.

право да се брани уз стручну помоћ браниоца.¹⁹⁸ Међутим, ако је нем, глув, слеп или неспособан да се сам успешно брани, или ако се поступак води због кривичног дела за које је прописана казна затвора од осам година или тежа казна – он мора имати браниоца,¹⁹⁹ тако да у овим ситуацијама право на формалну одбрану није „само“ право, већ право-дужност.

2.2.2.1. Процесна права учесника у кривичном поступку

Кривични поступак се води пред законом установљеним кривичним судом чија је надлежност одређена у закону, који је независан и непристрасан. У кривичном поступку Републике Србије суде судови првог, другог, изузетно и трећег степена, који поступају у оквиру законом одређене стварне и месне надлежности (основни, виши и апелациони судови). Највиши, Врховни касациони суд, поступа по ванредним правним лековима и има функционалну надлежност. Суд као процесни субјект има јавну функцију да одлучује о конкретном случају, и зато има потребна права располагања и одлучивања.

Суд у предистражном поступку, истрази (и каснијим фазама поступка) суди, дакле, пре свега има право-дужност да води кривични поступак и одлучује. У истрази постоји судија за претходни поступак као орган одлучивања о захватима у права и слобода, а само изузетно као орган који спроводи радње у предистражном поступку. Суд од почетка до краја поступка суди. Он је гарант заштите права и слобода (*juge des libertés*), неутрални „трећи“ у сукобу две странке. Суд одлучује о одређивању притвора против окривљеног, на предлог јавног тужиоца, или по службеној дужности,²⁰⁰ врши надзор над притвореним лицем.²⁰¹ Испитује основаност оптужног акта.²⁰² Припрема и одржава припремно рочиште,²⁰³ одређује и руководи главним претресом.²⁰⁴ Суд изводи доказе на предлог странака.²⁰⁵ Доказна иницијатива и утврђивање чињеница су, пре свега, на странкама. Изузетно, суд може да се ангажује у поступку доказивања чињеница, наиме, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио, суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или, изузетно, може сам да одреди да се такви докази

¹⁹⁸ Члан 68. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку.

¹⁹⁹ Члан 74. став 1. тачке 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

²⁰⁰ Члан 112. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁰¹ Члан 222. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁰² Члан 337. Законика о кривичном поступку.

²⁰³ Чланови 344-352. Законика о кривичном поступку.

²⁰⁴ Чланови 353-417. Законика о кривичном поступку.

²⁰⁵ Члан 15. став 3. Законика о кривичном поступку.

изведу.²⁰⁶ Суд одлучује о основаности тужиоачевог захтева,²⁰⁷ о жалби на првостепену пресуду, на седници већа или на претресу,²⁰⁸ о ванредним правним лековима.²⁰⁹

Одлуке суда треба да буду образложене, али суд не мора да детаљно одговори на сваки аргумент странака.

Одвајањем суда, као процесног субјекта, од осталих процесних субјеката долази се до појма странке. Странке су субјект који захтева судску одлуку и субјект према коме се таква одлука захтева. Странке у кривичном поступку су тужилац, који тражи да суд ступи у дејство и донесе пресуду, и окривљени, према коме је управљен тужиоачев захтев.²¹⁰ У мешовитом поступку, подвајањем функција оптужбе, одбране и одлучивања постигнута је, формално посматрано, начелна једнакост између странака, тужиоца и окривљеног. Сама функција коју странке имају у поступку повлачи нека преимућства и неједнакости, за тужиоца или окривљеног, док друге неједнакости могу потицати из конкретног случаја о коме се суди. Разлика у положају странака није тако изразита као што је између суда и странака, али је ипак има. Положај окривљеног се разликује од положаја тужиоца. Поред тога што је субјект процесног односа, он је и предмет истраживања у поступку. Ипак, окривљени није објект кривичног поступка.²¹¹

Као овлашћени тужилац поступа јавни тужилац за кривична дела за која се гони по службеној дужности. Положај јавног тужиоца у односу на друге овлашћене тужиоце, поред разлика у неким конкретним правима (и дужностима), има карактеристику која је везана за његово својство државног органа. Јавно тужилаштво је самостални државни орган који гони учиниоце кривичних дела и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости.²¹² У овој реченици дефинисана је *надлежност* јавног тужилаштва. Она је пренета и у Законик о кривичном поступку, тако, *основно процесно право и основна дужност* јавног тужиоца је гоњење учинилаца кривичних дела.²¹³ У оквиру таквог положаја јавног тужиоца у кривичном поступку може се говорити о његовим процесним правима под којима се подразумева истовремено и право и дужност. Сва друга процесна права јавног тужиоца у кривичном поступку произилазе, изведена су

²⁰⁶ Члан 15. став 4. Законика о кривичном поступку.

²⁰⁷ Члан 418. Законика о кривичном поступку.

²⁰⁸ Чланови 446-464. Законика о кривичном поступку.

²⁰⁹ Чланови 470-494. Законика о кривичном поступку.

²¹⁰ Члан 2. став 1. тачка 9. Законика о кривичном поступку.

²¹¹ Т. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Zavod za izdavanje udžbenika, Beograd, 1964., 65-66.

²¹² Члан 2. Закона о јавном тужилаштву, „Службени гласник Републике Србије” бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 106/2015, 63/2016 – одлука УС)

²¹³ Члан 43. став 1. Законика о кривичном поступку.

из овог основног права-дужности. Његова основна активност, односно овлашћење у свакој фази кривичног поступка, које одговара суштини његове функције, је иницирање кривичног поступка у најширем смислу речи током целог поступка, како самог његовог почетка, тако и сваке фазе појединачно. Редослед ових овлашћења одговара поступном кретању кривичног поступка, чак и шире, ономе што му претходи.²¹⁴

За кривична дела за која се гони по службеној дужности јавни тужилац је овлашћен да руководи предистражним поступком; одлучује о непредузимању или одлагању кривичног гоњења.²¹⁵ У истрази јавни тужилац има јавна права-дужности истраживања и прикупљања података. Јавни тужилац је *dominus litis* истраге. Ради остварења ових права-дужности јавном тужиоцу стоје на располагању неограничени материјални и персонални ресурси свих профила. Јавни тужилац је у предистражном и истражном поступку *ex lege* оперативни процесни субјект. Он спроводи кривично гоњење, изводи доказне радње пре почетка кривичног поступка, надзире рад других органа, пре свега полиције, покреће, усмерава и води истрагу,²¹⁶ саставља и подиже оптужницу.²¹⁷

Јавни тужилац је овлашћен да са окривљеним закључи споразум о признању кривичног дела и споразум о сведочењу.²¹⁸

У судећој фази поступка, након подизања и ступања оптужнице на снагу, када се кривична ствар изнесе пред суд, јавни тужилац заступа оптужницу до краја главног претреса. Има овлашћења да предлаже доказе који иду у прилог његове тезе садржане у јавноправном захтеву, али и право-дужност да пред суд изнесе и доказе који иду у корист оптуженог. Наиме, јавни тужилац и полиција *дужни су* да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње, и да са једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист.²¹⁹ Дакле, изношење, обелодањивање доказа, чињеница које иду у корист оптуженог је право, али истовремено и дужност оптужбе. Ово право-дужност тужиоца произилази из принципа једнакости оружја, и поставља обавезу органа кривичног гоњења и органа истраге да објаве (одбрани) сваки податак којим располажу, или до којег би могли доћи, који би могао помоћи окривљеном у ослобађању од оптужбе или добијању блаже казне. Исто тако,

²¹⁴ З. Јекић, *Кривично процесно право*, Седмо измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 2001., 93-94.

²¹⁵ Члан 43. став 2. тачке 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

²¹⁶ Члан 43. став 2. тачка 3. Законика о кривичном поступку.

²¹⁷ Члан 43. став 2. тачка 5. Законика о кривичном поступку.

²¹⁸ Члан 43. став 2. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

²¹⁹ Члан 6. став 4. Законика о кривичном поступку.

тужилаштво је дужно да стави на располагање окривљеном и сав материјал прикладан да доведе у питање веродостојност сведока оптужбе.

Јавни тужилац може да одустане од оптужбе.²²⁰ Такође, може у току главног претреса, ако оцени да изведени докази указују да је чињенично стање другачије од оног изнетог у оптужници, да измени оптужницу или да предложи да се главни претрес прекине ради припремања нове оптужнице.²²¹ Може да прошири оптужницу за раније учињено кривично дело.²²² У вези измене, подношења нове или проширења раније оптужнице овлашћен је да предложи допуну доказног поступка.²²³ Овлашћен је да да завршну реч.²²⁴ Има право да изјављује жалбе против неправноснажних судских одлука и да подноси ванредне правне лекове против правноснажних судских одлука.²²⁵ Овлашћени тужилац заступа оптужбу и на главном претресу пред жалбеним судом, и може да је измени у корист оптуженог, а може и да одустане од ње, у целини или делимично, ако се оптужени сагласи са тим.²²⁶

Јавном тужиоцу у току истраге помаже полиција. Полиција и други државни органи надлежни за откривање кривичних дела дужни су да поступе по сваком захтеву надлежног јавног тужиоца.²²⁷

Ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, полиција је дужна да предузме потребне мере да се пронађе учинилац кривичног дела, да се учинилац или саучесник не сакрије или не побегне, да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ, као и да прикупи сва обавештења која би могла бити од користи за успешно вођење кривичног поступка. У циљу испуњења ових дужности полиција може: да тражи потребна обавештења од грађана; да изврши потребан преглед превозних средстава, путника и пртљага; да за неопходно потребно време, а најдуже до осам часова ограничи кретање на одређеном простору; да предузме потребне мере у вези са утврђивањем истоветности лица и предмета; да распише потрагу за лицем и предметима за којима се трага; да у присуству одговорног лица прегледа одређене објекте и просторије државних

²²⁰ Члан 43. став 2. тачка 6. Законика о кривичном поступку.

²²¹ Члан 409. став 1. Законика о кривичном поступку.

²²² Члан 410. став 1. Законика о кривичном поступку.

²²³ Члан 411. став 1. Законика о кривичном поступку.

²²⁴ Члан 412. став 1. Законика о кривичном поступку.

²²⁵ Члан 43. став 2. тачка 7. Законика о кривичном поступку.

²²⁶ Члан 450. став 5. Законика о кривичном поступку.

²²⁷ Члан 44 став 1 Законика о кривичном поступку.

органа, предузећа, радњи и других правних лица, оствари увид у њихову документацију и да је по потреби одузме; да предузме друге потребне мере и радње.²²⁸

Предмете који се по Кривичном законнику морају одузети или који могу послужити као доказ у кривичном поступку, орган поступка ће привремено одузети и обезбедити њихово чување.²²⁹

Претресање стана и других просторија или лица могу предузети јавни тужилац, односно полиција ако је вероватно да ће се претресањем пронаћи окривљени, трагови кривичног дела или предмети важни за поступак. Претресање стана и других просторија или лица се предузима на основу наредбе суда или изузетно без наредбе, на основу законског овлашћења.²³⁰

Јавни тужилац је овлашћен да предузима и друге радње када је то одређено Закоником о кривичном поступку.²³¹

Сви државни органи дужни су да јавном тужиоцу, суду или другом органу поступка, као и окривљеном и његовом браниоцу на њихов захтев, пруже потребну помоћ у циљу прикупљања доказа.²³² Дакле, јавни тужилац, суд или други орган поступка, окривљени и његов бранилац *имају право* да се, у циљу прикупљања доказа, обрате у току поступка било којем државном органу, и државни орган је дужан да им, у *том циљу*, пружи потребну помоћ.

Под законским условима на место јавног тужиоца за кривична дела за која се гони по службеној дужности може да ступи оштећени као тужилац.²³³ Оштећени као тужилац има право да заступа оптужбу; поднесе предлог и доказе за остваривање имовинскоправног захтева и да предложи привремене мере за његово обезбеђење; ангажује пуномоћника из реда адвоката; захтева да му се постави пуномоћник; предузима и друге радње на које је овлашћен Закоником о кривичном поступку. Оштећени као тужилац има права која припадају јавном тужиоцу, осим оних која јавни тужилац има као државни орган.²³⁴ Оштећени као тужилац може да одустане од оптужбе до завршетка главног претреса или претреса пред другостепеним судом.²³⁵

²²⁸ Члан 286 став 1 и 2 Законика о кривичном поступку.

²²⁹ Члан 147 став 1 Законика о кривичном поступку.

²³⁰ Члан 152 став 1 и 2 Законика о кривичном поступку.

²³¹ Члан 43 став 2 тачка 8 Законика о кривичном поступку.

²³² Члан 19 Законика о кривичном поступку.

²³³ Члан 49 став 2 члан 52 Законика о кривичном поступку.

²³⁴ Члан 58. Законика о кривичном поступку.

²³⁵ Члан 61. став 1. Законика о кривичном поступку.

За кривична дела за која се гони на основу приватне тужбе овлашћени тужилац је приватни тужилац. Приватни тужилац има право да: поднесе и заступа приватну тужбу; поднесе предлог и доказе за остваривање имовинскоправног захтева и да предложи привремене мере за његово обезбеђење; ангажује пуномоћника из реда адвоката; предузима друге радње на које је овлашћен Закоником о кривичном поступку. Начелно, приватни тужилац има права која припадају јавном тужиоцу, осим оних која јавни тужилац има као државни орган.²³⁶

Окривљени против кога је поднета приватна тужба за кривично дело може до завршетка главног претреса поднети противтужбу против приватног тужиоца који је према њему истом приликом учинио кривично дело за које се гони по приватној тужби. О приватној тужби и противтужби суд доноси једну одлуку.²³⁷

Учесници у кривичном поступку имају право на јавно суђење.

Главни претрес је јаван.²³⁸ Законик о кривичном поступку даје право неодређеном броју лица да могу присуствовати суђењу у својству (опште) јавности. Ова лица имају пасивно право присуствовања суђењу. Нејавно суђење је изузетак. Од отварања заседања, па до завршетка главног претреса, суд може, по службеној дужности или на предлог странке или браниоца, али увек након њиховог изјашњења, искључити јавност за цео главни претрес или за један његов део, ако је то потребно ради заштите интереса националне безбедности; јавног реда и морала; интереса малолетника; приватности учесника у поступку; других оправданих интереса у демократском друштву.²³⁹

Учесници у кривичном поступку имају право на правичан поступак (енг. *the right to a fair trial*).

Принцип правичности поступка, који се односи на све учеснике у поступку, садржан је у првом ставу првог члана Законика о кривичном поступку, у којем је наведено да се о суштини кривичне ствари одлучује на основу законито и *правично* спроведеног поступка.²⁴⁰ Правичност поступка наглашена је и посебном нормом која се односи на окривљеног, наиме, окривљени има право да у најкраћем могућем року буде изведен пред суд и да му буде суђено непристрасно, *правично* и у разумном року.²⁴¹

²³⁶ Члан 64. Законика о кривичном поступку.

²³⁷ Члан 66. Законика о кривичном поступку.

²³⁸ Члан 362. став 1. Законика о кривичном поступку.

²³⁹ Члан 363. Законика о кривичном поступку.

²⁴⁰ Члан 1. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁴¹ Члан 68. став 1. тачка 5. Законика о кривичном поступку.

Правични поступак представљају процесне гаранције. То је, пре свих, претпоставка невиности. Гаранције имају за циљ да осигурају да странке у поступку остварују своје улоге под условима који су у највећој могућој мери изједначени. Суштина правичног поступка је да се осигура ефикасно учешће обе странке у поступку. Право на правично суђење се односи на поступак у целини. У току поступка странкама се мора обезбедити непосредно учешће, лично саслушање (енг. *a hearing in one's presence*), пре свега право ефикасног учествовања на претресу (енг. *right to participate effectively at the hearing*), право на контрадикторни поступак (енг. *right to an adversarial trial*) и одговарајућа правила доказивања (енг. *rules of evidence*).

Странке у кривичном поступку имају право на „једнакост оружја“ (енг. *equality of arms*).

Једнакост оружја или процесна једнакост подразумева да свака странка има право да изнесе своје стајалиште и доказе под условима који је не стављају у битно неповољнији положај у односу на противну странку. Окривљени има право да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете и да износи чињенице и доказе у своју корист, да испитује сведоке оптужбе и захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе, у његовом присуству испитају сведоци одбране.²⁴²

Странке у току суђења морају бити упознате и могу давати коментаре на све доказе у списима предмета. Принцип једнакости оружја повезан је са правом-дужношћу тужиоца да одбрани да све доказе, односно, поставља обавезу органа кривичног гоњења и органа истраге да објаве (одбрани) сваки податак којим располажу, или до којег би могли доћи, а који би могао помоћи окривљеном у ослобађању од оптужбе или добијању блаже казне. Исто тако, тужилац је дужан да стави на располагање окривљеном и сав материјал прикладан да доведе у питање веродостојност сведока оптужбе. Право на контрадикторни поступак у кривичним предметима значи да оптужби и одбрани мора бити дата могућност да сазнају за изјаве и доказе изнесене од противне стране и могућност да се изјасне о њима.

Право на контрадикторни поступак, дакле, у кривичним предметима значи да оптужби и одбрани мора бити дата могућност да сазнају за изјаве и доказе изнесене од противне стране и могућност да се изјасне о њима. Ово право није апсолутно, јер могу постојати противречни интереси (нпр., заштита сведока), који се могу уважити као разлози одступања, али само кад су строго неопходни.

²⁴² Члан 68. став 1. тачка 10. Законика о кривичном поступку.

Процесна једнакост странака прожима цео поступак.

Окривљени је физичко и правно лице против којег се води кривични поступак. Услови које мора поседовати окривљени и окривљено правно лице уређени су законом. Окривљени је и особа са душевним сметњама у посебном неправом кривичном поступку у којем не може бити проглашен кривим и осуђен, него се само може утврдити да је извршио противправно дело.

Окривљени има право на претпоставку (пресумпцију) невиности (лат. *praesumptio boni viri*; енг. *the presumption of innocence*). Свако се сматра невиним све док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда.²⁴³

Претпоставка невиности садржи у себи три елемента: *praesumptio boni viri* (претпоставка невиности), *onus probandi* (терет доказивања) и *in dubio pro reo* (у сумњи у корист окривљеног).

Претпоставка невиности (*praesumptio boni viri*) претпоставља везу с независношћу и непристрасношћу судије који мора да донесе одлуку искључиво на основу доказа изведених у поступку. Суд заснива пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу,²⁴⁴ а пресуда се може односити само на лице које је оптужено и само на дело које је предмет оптужбе садржане у поднесеној или на главном претресу измењеној или проширеној оптужници.²⁴⁵ Друга компонента претпоставке невиности је поступање према окривљеном, јер се ова претпоставка односи само на кривични поступак. Суд не сме да почне рад на предмету уколико унапред има уверење о извршеном кривичном делу. Претпоставка невиности садржи захтев да чланови суда не смеју да приступе суђењу с претходним уверењем да је окривљени извршио дело које му је стављено на терет. Претпоставка се крши ако судска одлука, која се односи на особу оптужену за кривично дело, одражава мишљење да је окривљени крив и пре него што је његова кривица доказана по закону. Довољно је и само изражавање мишљења које сугерише да суд окривљеног сматра кривим. Судска одлука ни посредно не сме да садржи мишљење о кривици која није доказана. Претпоставка невиности примењује се на кривични поступак као целину, а њену повреду могу да представљају и изјаве судија дате након обуставе поступка или након доношења ослобађајуће пресуде. Судија или судија-поротник може бити изузет од судијске дужности у одређеном предмету ако

²⁴³ Члан 3. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁴⁴ Члан 419. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁴⁵ Члан 420. став 1. Законика о кривичном поступку.

постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност.²⁴⁶ Изузеће могу тражити странке и бранилац.²⁴⁷ Захтев за изузеће судије суда који одлучује о жалби, странке и бранилац могу поднети у жалби или у одговору на жалбу.²⁴⁸

Терет доказивања (*onus probandi*) је на тужиоцу,²⁴⁹ а сваку сумњу у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, суд ће у пресуди, или решењу које одговара пресуди, решити у корист окривљеног (*in dubio pro reo*).²⁵⁰

Посебно питање у вези са претпоставком невиности окривљеног је ваљаност доказа. Сваки доказ у кривичном поступку мора бити прибављен на законит начин. Судске одлуке се не могу заснивати на доказима који су, непосредно или посредно, сами по себи или према начину прибављања у супротности са Уставом, Закоником о кривичном поступку, другим законом или општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, осим у поступку који се води због прибављања таквих доказа.²⁵¹ Прихватање незаконитог доказа није само по себи основ за незакониту пресуду,²⁵² али може да доведе до неправичности у зависности од конкретних околности случаја.

Учесници у кривичном поступку имају право на саопштавање информација трећим лицима.

Слобода изражавања, гарантована Уставом,²⁵³ укључује слободу примања и саопштавања информација. Јавно тужилаштво може да упозна јавност о стању криминалитета и другим појавама које запази у раду. У границама својих законом одређених овлашћења и у складу с интересима поступка, водећи рачуна о заштити приватности учесника поступка, јавно тужилаштво може обавештавати јавност и о

²⁴⁶ Члан 37. став 2. Законика о кривичном поступку.

²⁴⁷ Члан 39. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁴⁸ Члан 39. став 4. Законика о кривичном поступку.

²⁴⁹ Члан 15. став 2. Законика о кривичном поступку.

²⁵⁰ Члан 16. став 5. Законика о кривичном поступку.

²⁵¹ Члан 16. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁵² Члан 438. став 2. тачка 1. Законика о кривичном поступку: Битна повреда одредаба кривичног поступка постоји и ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог законика не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда.

²⁵³ Члан 46. Устава Републике Србије, „Слобода мишљења и изражавања“: Јемчи се слобода мишљења и изражавања, као и слобода да се говором, писањем, сликом или на други начин траже, примају и шире обавештења и идеје. Слобода изражавања може се законом ограничити, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, морала демократског друштва и националне безбедности Републике Србије.

појединим предметима у којима поступа.²⁵⁴ Међутим, државни и други органи и организације, средства јавног обавештавања, удружења и јавне личности дужни су да се придржавају [правила о претпоставки невиности окривљеног] и да својим јавним изјавама о окривљеном, кривичном делу и поступку не повређују права окривљеног.²⁵⁵

Претпоставку невиности могу да прекрше не само судија или суд, већ и друге јавне власти, на пример, службеници полиције приликом одржавања конференције за штампу. Органи власти имају право да обавештавају јавност о напретку у кривичним истрагама, али мора се поштовати захтев да то чине тако да претпоставка невиности буде поштована. Посебно је важно питање кад је претпоставка невиности повређена у извештавању медија (енг. *prejudicial media publicity*).

Окривљени има право на одбрану. Претпоставка делотворне одбране је благовремено, детаљно и разумљиво обавештење о природи и разлозима оптужбе (енг. *the right to know the accusation*). Право окривљеног на делотворно остварење одбране средишњи је елемент права на правично (поштено) суђење. Окривљени има право да у најкраћем року, а увек пре првог саслушања, детаљно и на језику који разуме буде обавештен о делу које му се ставља на терет, о природи и разлозима оптужбе, као и да све што изјави може да буде коришћено као доказ у поступку.²⁵⁶ Обавештење о оптужби мора да садржи не само опис дела које је окривљени наводно извршио и на којем се темељи оптужба, већ и правну квалификацију. Међутим, то не значи да се захтева пружање доказа који подржавају оптужницу. Окривљени има право да непосредно пре првог саслушања прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака.²⁵⁷ Обавештење о оптужби успоставља идентитет предмета поступка, јер се пресуда може односити само на лице које је оптужено и само на дело које је предмет оптужбе садржане у оптужници.²⁵⁸

Окривљени има право да му се суди у присуству. Окривљеном који је доступан суду може се судити само у његовом присуству; суђење у одсуству (*in absentia*) је изузетак, и то само када су испуњени законом прописани услови за то.²⁵⁹ Ово право је истовремено и дужност окривљеног, наиме, окривљени је дужан да се одазове на позив

²⁵⁴ Члан 10. Закона о јавном тужилаштву, „Службени гласник Републике Србије” бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 38/2012 – одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 – одлука УС, 117/2014, 106/2015, 63/2016 – одлука УС).

²⁵⁵ Члан 3. став 2. Законика о кривичном поступку.

²⁵⁶ Члан 68. став 1. тачка 1. Законика о кривичном поступку.

²⁵⁷ Члан 68. став 1. тачка 6. Законика о кривичном поступку.

²⁵⁸ Члан 420. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁵⁹ Члан 13. став 1. Законика о кривичном поступку.

органа поступка, а у функцији ове обавезе дужан је да обавести орган поступка о промени адресе пребивалишта или боравишта, односно о намери да промени ове адресе.²⁶⁰

У оквиру права на одбрану окривљени (али и друге категорије учесника у поступку, нпр., сведок) има слободу од самооптуживања (лат. *nemo tenetur se ipsum detegere*; енг. *privilege against self incrimination*).

Окривљени има право да буде обавештен да све што изјави може да буде коришћено као доказ у поступку,²⁶¹ има право да ништа не изјави, да ускрати одговор на поједино питање.²⁶² Ова слобода је једна од гаранција правичног поступка. Обухвата право окривљениог да ускрати давање одбране, али и право да одбије предају докумената или других стварних носиоца доказа који би могли да га терете.²⁶³ Она је у уској вези с претпоставком невиности. Слобода од самооптуживања не спречава коришћење у кривичном поступку материја које су од окривљеног прибављене мерама принуде, а које постоје независно од његове воље, нпр., документи прибављени претресом, узорци даха, крви или мокраће, те телесног ткива у сврхе ДНК тестирања. То је посебно значајно за оне системе који личност окривљеног узимају као носиоца доказа. Слобода од самооптуживања је, даље, посебно важна при употреби прикривених метода прикупљања доказа.

Зато је у кривичном поступку неприхватљива употреба доказа који су резултат полицијског подстицања на извршење кривичног дела.

У блиској вези са слободом од самооптуживања је право окривљеног да се брани ћутањем (енг. *right to silence*). Окривљени има право да ништа не изјави, или да ускрати одговор на поједино питање.²⁶⁴

Право окривљеног да се брани ћутањем је битан састојак права на правично (поштено) суђење, односно гаранција укључена у садржај правичног поступка. То право се, пре свега, односи на поштовање воље окривљеног да ћути, да не износи оно што би му могло ићи на терет. Ово право може да се повредити не само прописивањем обавезе одговарања на питања репресивних власти, већ и прописивањем дужности у другом (нпр., управном) поступку предаје исправа које могу да инкриминишу њиховог

²⁶⁰ Члан 70. Законика о кривичном поступку.

²⁶¹ Члан 68. став 1. тачка 1. Законика о кривичном поступку.

²⁶² Члан 68. став 1. тачка 2. Законика о кривичном поступку.

²⁶³ Према неким мишљењима слобода од самооптуживања обухвата и право окривљеног на лагање у кривичном поступку. Вид.: J. Czabański, M. Warchoł, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, *Prokuratura i Prawo* 12, 2007., 35-50.

²⁶⁴ Члан 68. став 1. тачка 2. Законика о кривичном поступку.

издаваоца или да се употребе у кривичном поступку. Међутим, право ускраћивања исказа није апсолутно у смислу да се ћутање ни под којим условима не може користити против окривљеног. Право на ћутање не може спречити да се ћутање окривљеног, у околностима које јасно захтевају његово објашњење, не узме у обзир у оцени уверљивости доказа изнесених од стране тужилаштва.

Окривљени има право да слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу.²⁶⁵ Окривљени има право да се брани сам.²⁶⁶

Право окривљеног на личну одбрану (енг. *the right of a person to defend himself*) претпоставља његово право на присутност суђењу, нарочито у првостепеном поступку.

Окривљени може да се одрекне права на личну одбрану, али да би се одрицање сматрало ефикасним, оно мора бити учињено на недвосмислен начин и праћено одређеним мерама обезбеђења сразмерним важности права на одбрану. Окривљени који се одрекне права да буде присутан не губи право на правно заступање (формалну одбрану). Такође, окривљени који се налази у притвору у другој држави тиме се не одриче права да буде присутан расправи у обновљеном поступку. Право присуства окривљеног суђењима у поступцима поводом правних лекова није једнаког обима као право на присутност првостепеном претресу, поготово ако виши суд одлучује само о правним питањима.

Право окривљеног на личну одбрану није апсолутно. Окривљени мора да има браниоца у случајевима када то изискују његова својства (окривљени је нем, глув, слеп или неспособан да се сам успешно брани) или ако се поступак води због кривичног дела за које је прописана тежа казна.²⁶⁷ Материјална и формална одбрана нису алтернативне, већ кумулативне одбране. Противно је начелу правичног поступка када суд окривљеном ускрати могућност да буде присутан на претресу и да се сам брани.

Окривљени има право да његовом саслушању присуствује бранилац.²⁶⁸ Окривљени има право да се брани уз стручну помоћ браниоца, у складу са одредбама Законика о кривичном поступку.²⁶⁹

Лице окривљено за кривично дело које не жели само да се брани мора да има приступ правној помоћи по властитом избору. Окривљени има право на браниоца по сопственом избору (енг. *the right to have legal assistance*) не само на претресу, већ и пре

²⁶⁵ Члан 68. став 1. тачка 2. Законика о кривичном поступку.

²⁶⁶ Члан 68. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку.

²⁶⁷ Члан 74. Законика о кривичном поступку.

²⁶⁸ Члан 68. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

²⁶⁹ Члан 68. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку.

формалног започињања поступка. Право окривљеног на неометану комуникацију са браниоцем у припреми одбране је од централне важности за принцип правичног поступка. Посебно је значајно питање спровођења принципа једнакости средстава код суђења *in absentia*. Бранилац окривљеног може бити само адвокат. У поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора од десет година или тежа казна бранилац може бити само адвокат са најмање пет година адвокатске праксе, односно адвокат који је најмање пет година вршио функцију судије, јавног тужиоца или заменика јавног тужиоца.²⁷⁰

Окривљени треба да од стране браниоца има стварну и делотворну одбрану. То се односи и на ситуације у којима је осумњичени задржан од стране полиције. Бранилац има право да са ухапшеним, пре његовог првог саслушања, обави поверљив разговор; да непосредно пре првог саслушања осумњиченог прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака; да после доношења наредбе о спровођењу истраге или после непосредног подизања оптужнице, а и пре тога ако је окривљени саслушан, разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ.²⁷¹ Ово је значајно пре него што је предмет прослеђен суду (енг. *sent for trial*) у случају кад би и у мери у којој би правичност поступка могла бити озбиљно нарушена почетним непоштовањем ових гаранција. Право на браниоца било би неефикасно када притвореницима не би била омогућена несметана комуникација са њима. Бранилац има право да са окривљеним који је у притвору разговара на поверљив начин и неометано води преписку.²⁷² Због независности адвокатске професије држава се не може позвати на одговорност због пропуста браниоца окривљеног од поверења, који је особито у случајевима спречености, дужан да сам осигура замену. У принципу, бранилац има право да у корист окривљеног предузима све радње које може предузети сам окривљени, те и друге радње прописане Закоником о кривичном поступку.²⁷³

Лице окривљено за кривично дело које нема довољно средстава да је плати има право на бесплатну правну помоћ кад то интереси правде захтевају.

Окривљеном који према свом имовинском стању не може да плати браниоца, поставиће се на његов захтев бранилац иако не постоје разлози за обавезну одбрану, ако се кривични поступак води за кривично дело за које се може изрећи казна затвора преко

²⁷⁰ Члан 73. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

²⁷¹ Члан 71. тачке 1-3. Законика о кривичном поступку.

²⁷² Члан 71. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

²⁷³ Члан 71. тачке 5. и 6. Законика о кривичном поступку.

три године или ако то налажу разлози правичности.²⁷⁴ Право на бесплатну правну помоћ (енг. *the right to be given free legal assistance*) представља право у кривичном поступку које тежи настојању да финансијска ситуација што мање утиче на процесну ситуацију окривљеног. Правна помоћ мора бити стварна и делотворна. Самим именовањем браниоца то није гарантовано, него је нужно да се помоћ проведе. Два су услова за именовање бесплатног браниоца: окривљени нема довољно средстава да плати за правну, а интереси правде захтевају формалну одбрану.

Кад је реч о сложеном предмету, а окривљени нема правно образовање потребно за изношење прикладних аргумената у своју одбрану, односно у случајевима у којима је само искусан адвокат способан да припреми одбрану, интереси правде захтевају именовање браниоца. Улогу играју и тежина казне коју је могуће изрећи, нарочито ако је реч о казни лишења слободе, те старост окривљеног. Неодобравањем бесплатне правне помоћи може бити повређено и право на приступ суду. Међутим, овде није реч о пуком „именовању браниоца“, већ о „правној помоћи“ (енг. *legal assistance*), те је суд у случајевима очигледно неадекватне одбране или када је упозорен на недостатке у обављању дужности обавезан да предузме мере ради осигурања ефикасне правне помоћи. Уколико постоје недостаци у формалној одбрани окривљеног, а суд има о томе сазнања, неопходна је интервенција у циљу њиховог отклањања.

Окривљени има право да му се осигура довољно времена и могућности за припремање одбране (енг. *time and facilities to prepare a defence*).²⁷⁵

Време и могућност припреме одбране морају да одговарају околностима случаја. Које је то време, дакле, зависи од околности конкретног случаја.

Право на одговарајуће могућности за припрему одбране у уској је вези са правом на правовремено и детаљно обавештење о оптужби, али и са принципима једнакости оружја и адверсијалности. Кључно је да бранилац буде правовремено укључен у поступак. Окривљени има право да разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ.²⁷⁶

Окривљени има право да прикупља доказе за своју одбрану.²⁷⁷ Сви државни органи дужни су да окривљеном и његовом браниоцу на њихов захтев пруже потребну помоћ у циљу прикупљања доказа.²⁷⁸

²⁷⁴ Члан 77. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁷⁵ Члан 68. став 1. тачка 7. Законика о кривичном поступку.

²⁷⁶ Члан 68. став 1. тачка 8. Законика о кривичном поступку.

²⁷⁷ Члан 68. став 1. тачка 9. Законика о кривичном поступку.

²⁷⁸ Члан 19. Законика о кривичном поступку.

Осумњичени и његов бранилац могу самостално да прикупљају доказе и материјал у корист одбране. У циљу остваривања [овог] овлашћења осумњичени и његов бранилац имају право: да разговарају са лицем које им може пружити податке корисне за одбрану и да од тог лица прибављају писане изјаве и обавештења, уз његову сагласност; да улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или просторе повезане са станом, уз пристанак њиховог држаоца; да од физичког или правног лица преузму предмета и исправе и прибаве обавештења којима оно располаже, уз његову сагласност, као и уз обавезу да том лицу издају потврду са пописом преузетих предмета и исправа. [Ова] овлашћења не односе се на оштећеног и на лица која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца. Писане изјаве и обавештења [...] могу се користити од стране окривљеног и његовог браниоца у току испитивања сведока или провере веродостојности његовог исказа или за доношење одлуке о испитивању одређеног лица као сведока од стране јавног тужиоца или суда.²⁷⁹

Ако осумњичени и његов бранилац сматрају да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме. Ако јавни тужилац одбије предлог за предузимање одређене доказне радње или о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак који одлуку о томе доноси у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак усвоји предлог осумњиченог и његовог браниоца, наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредити му за то рок.²⁸⁰

Начелно окривљени, па ни његов бранилац немају неограничено право увида у списе предмета, али потпуно искључење тога права у првостепеном поступку у којем се окривљени брани сам представља повреду која не може бити отклоњена допуштањем увида у другостепеном поступку.

Окривљени има право да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете и да износи чињенице и доказе у своју корист, да испитује сведоке оптужбе и захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе, у његовом присуству испитају сведоци одбране.²⁸¹

Одредба о праву позивања и испитивања сведока (енг. *the right to examine witnesses*) специфична је за кривични поступак. Окривљени има право испитивања сведока оптужбе, те право позивања и испитивања сведока одбране под једнаким

²⁷⁹ Члан 301. Законика о кривичном поступку („Прикупљање доказа и материјала у корист одбране)“.

²⁸⁰ Члан 302. Законика о кривичном поступку („Предузимање доказних радњи у корист одбране)“.

²⁸¹ Члан 68. став 1. тачка 10. Законика о кривичном поступку.

условима као и сведока оптужбе. То је једна од најважнијих гаранција која се односи на контрадикторност делатности доказивања. Право није апсолутно јер суд може, према сопственој оцени, да одбије доказе.

Сведок је свако лице чију изјаву суд користи приликом одлучивања. Иако Законик о кривичном поступку прави разлику између ових учесника у поступку, појам сведока у ширем смислу обухвата и вештаке и стручне саветнике. Одредба о позивању сведока не даје оптуженом апсолутно право да суд испита лице предложено за сведока. Услове да неко лице буде испитано као сведок прописују домаћи законски прописи. Исти прописи важе за испитивање сведока оптужбе и одбране (једнакост оружја). Одбрана мора имати могућност испитивања сведока на претресу, јер принцип контрадикторности, по правилу, подразумева непосредно извођење доказа. У случају промене у саставу суда након саслушања кључног сведока, овај по правилу мора бити поновно испитан пред измењеним већем.

Повреда овог права јавља се у различитим облицима који се могу категорисати у групу општих разлога као што су одрицање могућности увида у списе предмета, прећуткивање од стране органа кривичног гоњења одређених података корисних за одбрану, „повлашћивање“ појединих сведока према унутрашњем праву, несаслушавање окривљеног пред другостепеним судом, поготово ако је органу кривичног гоњења била дата могућност учествовања. Другу групу чине посебни видови прикупљања исказа сведока, пре свега искази анонимних сведока. Судска пракса у појединим земљама признаје широк опсег ограничења једнакости оружја у односу на сведоке.

Окривљени има право да користи правна средства и правне лекове.²⁸² Време потребно за припрему жалбе претпоставља да је побијана пресуда довољно јасно образложена, те да рок за подношење правног лека није непримерено кратак. Другостепени суд може у образложењу да се позове на чињенична и правна стајалишта првостепеног суда. Сва ограничења у вези с том гаранцијом морају бити стриктно неопходна и сразмерна утврђеним опасностима, а прописи о томе прецизни. Исто важи за ограничења приступа доказима.

Право на бесплатну помоћ преводиоца (тумача) (енг. *the right to an interpreter*) постоји ако суд посумња да окривљени не влада у довољној мери језиком суда. У том случају суд то мора да испита и у случају потребе да именује судског преводиоца (тумача).

²⁸² Члан 68 став 1 тачка 11 Законика о кривичном поступку.

Према одредбама српског Законика о кривичном поступку, у поступку су у службеној употреби српски језик и ћирилично писмо, а други језици и писма у службеној употреби су у складу са Уставом и законом.²⁸³ Поступак се води на језику и писму који су у службеној употреби у органу поступка, у складу са законом.²⁸⁴ Странке, сведоци и друга лица која учествују у поступку имају право да у току поступка употребљавају свој језик и писмо, а ако се поступак не води на њиховом језику и ако, након поуке о праву на превођење, не изјаве да знају језик на коме се поступак води и да се одричу права на превођење, обезбедиће им се на терет буџетских средстава превођење онога што они или други износе, као и превођење исправа и другог писаног доказног материјала.²⁸⁵ Превођење обавља преводаца.²⁸⁶

Услуге судског тумача односе се на помоћ у праћењу тока расправе, али и на превођење одређених кључних докумената. Право није апсолутно јер не постоји обавеза органа поступка превођења целокупних списа предмета. Одредба се примењује на оне документе које је нужно разумети да би се постигло право на правично суђење. Оцена о томе подложна је конкретним околностима случаја.

Окривљени има право да предузима и друге радње када је то одређено Закоником о кривичном поступку.²⁸⁷

Оштећени је лице чије је лично или имовинско право повређено или угрожено кривичним делом.²⁸⁸ Оштећени (материјалнокривично: пасивни субјект кривичног дела; криминолишки: жртва кривичног дела) није странка (у српском кривичнопроцесном моделу), већ има посебан положај у поступку. Оштећени има право да поднесе предлог и доказе за остваривање имовинскоправног захтева и да предложи привремене мере за његово обезбеђење. Законик о кривичном поступку осим главног предмета кривичног поступка уређује и конексни предмет (имовинскоправни захтев као парницу придружену кривичном поступку). Оштећени има право да укаже на чињенице и да предлаже доказе који су од важности за предмет доказивања; ангажује пуномоћника из реда адвоката; разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ; буде обавештен о одбацивању кривичне пријаве или о одустанку јавног тужиоца од кривичног гоњења; поднесе приговор против одлуке јавног тужиоца да не предузме или да одустане од кривичног

²⁸³ Члан 11. став 1. Законика о кривичном поступку.

²⁸⁴ Члан 11. став 2. Законика о кривичном поступку.

²⁸⁵ Члан 11. став 3. Законика о кривичном поступку.

²⁸⁶ Члан 11. став 4. Законика о кривичном поступку.

²⁸⁷ Члан 68 став 1 тачка 12 Законика о кривичном поступку.

²⁸⁸ Члан 2. став 1. тачка 11. Законика о кривичном поступку.

гоњења; буде поучен о могућности да преузме кривично гоњење и заступа оптужбу; присуствује припремном рочишту; присуствује главном претресу и учествује у извођењу доказа; поднесе жалбу против одлуке о трошковима кривичног поступка и досуђеном имовинскоправном захтеву; буде обавештен о исходу поступка и да му се достави правноснажна пресуда; предузима друге радње на које је овлашћен Закоником о кривичном поступку.²⁸⁹

Кривични поступак је отворени правни однос. Кроз њега циркулишу различити правни субјекти. Као учесници у кривичном поступку појављују се и друга лица: већ смо навели лица која присуствују суђењу у својству опште јавности,²⁹⁰ затим, власници предмета који је од значаја за кривични поступак, те лица која су блиска са оптуженим и која имају право предузимања процесних радњи у његову корист (интересу; нпр., да за њега ангажују браниоца, да изјаве жалбу на пресуду, итд.).

Овим смо у битноме изложили *суму права која имају учесници у кривичном поступку на основу норми објективног, апстрактног права*, Законика о кривичном поступку.

3. Субјективна кривичнопроцесна права

Међутим, злоупотреба права није везана за објективно (апстрактно) право, правну норму која прописује овлашћење. Не злоупотребљава се одредба Законика о кривичном поступку којом је учеснику у поступку дато овлашћење, право, већ *само* овлашћење, могућност, моћ која је објективним правом дата учеснику у поступку. Злоупотреба процесног права није дефект норме, већ ексцес субјективног процесног права (могућности) прописаног том нормом.²⁹¹

²⁸⁹ Члан 50 став 1 Законика о кривичном поступку.

²⁹⁰ У кривичнопроцесној теорији је спорно да ли су лица која чине „општу јавност“ (лица која у својству јавности присуствују суђењу) учесници у кривичном поступку.

За нас у вези овог питања не постоји дилема. Одговор је: јесу. Наиме, судски поступци, суђења су *in abstracto* јавна (само изузетно, *in concreto*, нису). Кривичнопроцесни закон је дао неодређеном броју (пунолетних) лица право да присуствују суђењу, и она то могу ако желе (могућност гарантована законом). Дакле, то је право које је лицу дато објективном правном нормом. Уколико га лице врши – врши субјективно процесно право на присуствовање суђењу. Самим тим он је учесник у судском поступку. Међутим, по својој природи ово субјективно процесно право је просто и пасиво – исцрпљује се у самој присутности, пасивном присуству суђењу, без било каквих других могућности (субјективних права).

²⁹¹ Уп.: „Разматрање проблема злоупотребе права у оквирима кривичнопроцесних правних односа није могуће без анализе појма субјективног права, који, подразумевајући одређену слободу овлашћеног учесника у кривичном поступку, у вези са тим, одређује те слободе у оквиру којих је његово деловање законито, а, сходно томе, обезбедбеђују се процесне обавезе других учесника, и оне су заштићене. Границе субјективног процесног права су одређене законом. Оне су у укупност правних норми, које утичу на њихов

Особеност права која су Закоником о кривичном поступку дата учесницима у поступку јесте да она немају карактер субјективних приватних, већ представљају субјективна јавна права. Јавним их чини чињеница да се врше у оквиру јавноправног правног односа, да су обезбеђена за заштиту одређених јавних (јавноправних) интереса,²⁹² те су њихов садржај и сврха уско повезани са сврхом и циљевима кривичног поступка.²⁹³

Тужилац има право на покретање првостепеног кривичног поступка. То је његово субјективно јавно процесно право (за кривична дела која се гоне по службеној дужности то је право-дужност). Тужилац ово субјективно процесно право врши на основу норме закона која га овлашћује да покрене правни механизам – кривични поступак и да тражи да се утврди да је учињен деликт, кривично дело, да се учинилац казни, те да му се признају, односно заштите материјална субјективна права повређена извршењем кривичног дела.²⁹⁴ У стварима које се гоне по службеној дужности то је држава представљена у лику јавног тужиоца, у стварима које се гоне по приватној кривичној тужби то може бити било који други субјект права. Такође, тужилац врши субјективно јавно процесно право када у конкретној кривичној ствари изврши измену или проширење оптужбе, када предложи извођење доказа, постави питање сведоку.

Јавни тужилац врши субјективно јавно процесно право-дужност тако што руководи предистражним поступком. Он ово чини тако што координира рад полиције, издаје наредбе да у конкретној процесној ситуацији службеници полиције поступе на одређени начин (да обаве доказне радње, конкретно, да обаве увиђај места и доставе му записник о увиђају, да у присуству браниоца саслушају осумњиченог, да обаве

обим, у том смислу у уставним принципима и на њима заснованим принципима кривичног поступка, у нормама међународног права и другим правним актима, непосредно повезаним са кривичнопроцесним правним односима. Како је исправно приметио А. Б. Венгеров, „у случају злоупотребе права крши се субјективно право – мера могућег понашања, крше се границе, које су постављене том мером“. И. В. Камышникова, *Сушност и признаци злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, „Правовые проблемы укрепления российской государственности“, Часть 51, Издательство Томского университета, 2011., 20-24.

²⁹² „... субјективно јавно право конкретан је и точно одређен заhtjev kojega osoba javnoga prava dodjeljuje pripadniku друштвене заједнице. Takav zahtjev usmjeren je na ostvarenje одређене чинидбе предвидене правном нормом, а коју ће особа јавног права бити дужна извршити онда када припадник заједнице поднесе заhtjev. У тој ситуацији припадник друштвене заједнице наступа према особи јавног права као вјеровник spram дужника. No, ако се неки однос јавља као рефлекс ућинка објективне правне норме, то не мора нужно искључивати и његову појаву као субјективног јавног права. Особа јавног права самостално одлучује о тому хоће ли обвезу на какву чинидбу упутити сама себи посредством објективних правних наредби, или ће у ту сврху припадницима друштвене заједнице додјелити конкретна субјективна права“. Vid. A. Popovski, *Pravna priroda опће uporabe јавног добра*, Правни вјесник, год. 32 br. 3-4, 2016., 183-200.

²⁹³ Т. В. Трубникова, *Злоупотребление правом в уголовном процессе: критерии и пределы вмешательства со стороны государства*, Вестник Томского государственного университета. Право. 2015. №3 (17), 65-78.

²⁹⁴ Р. Dimitrijević, *Zloupotreba vlasti i subjektivna јавна права*, Правни живор, 1995., br. 9, 789-808.

препознавање осумњиченог). Када поступа по овим наредбама јавног тужиоца полиција врши своја субјективна јавна кривичнопроцесна права: врши претрес лица и/или просторија, одузима предмете од значаја за кривични поступак.

Јавни тужилац је овлашћен да руководи истрагом, изводи доказе, прикупља чињенице од значаја за законито и правично пресуђење кривичне ствари. Он ово субјективно кривичнопроцесно право-дужност врши тако што саслушава окривљеног, узима његову одбрану (одбрана окривљеног је доказ у кривичном поступку), саслушава сведоке, врши увиђај лица, места, ствари.

Окривљени своје субјективно процесно право-дужност на суђење у присуству врши тако што је физички присутан на суђењу; врши своје субјективно право на одбрану тако што пред органом поступка (полиција, јавни тужилац, суд) изричито говори одбрану на записник, или изричито изјављује да ће се бранити ћутањем, или, једноставно, ћути након што му је понуђено да се изјасни на оптужбу и изнесе одбрану.

Бранилац врши своје субјективно процесно право на поверљив разговор тако што у за то предвиђеној просторији у којој могу да их виде, али не могу да их чују разговара са осумњиченим о чињеничним и правним аспектима ствари. Врши своје субјективно процесно право да испитује сведоке оптужбе тако што им на суђењу директно, непосредно поставља питања ради добијања одговора од користи за одбрану.

Судија врши своје субјективно право-дужност да припреми главни претрес тако што доноси наредбу када и где ће се одржати припремно рочиште. На припремном рочишту врши своје субјективно процесно право-дужност тако што, након што оптужба, оштећени и одбрана предложе и образложе по форми и садржини доказе који, по њиховом мишљењу, треба да буду изведени на главном претресу, доноси одлуку о томе који ће се докази извести на суђењу.²⁹⁵

Дакле, када у кривичном поступку поступају по правним овлашћењима која им је дао, прописао Законик о кривичном поступку, процесни субјекти, учесници у кривичном поступку, врше субјективна јавна кривичнопроцесна права.

3.1. Појам, карактеристике, намена и вршење субјективног кривичнопроцесног права

Законик о кривичном поступку не садржи одредбе у којима се говори о субјективним процесним правима кривичнопроцесних учесника (истина, законодавац не

²⁹⁵ Члан 350. став 2. Законика о кривичном поступку.

помиње изричито ни кривичнопроцесну радњу). Ангажовање законодавца завршава се на прописивању права учесника у поступку, без непосредног, изричитог упуштања у то како, на који начин се она врше. Са друге стране, субјективна процесна, па тако и кривичнопроцесна права учесника у поступку нису посебно проучавана од стране процесуалиста, како у вези њихових општих принципа, тако ни поједина, конкретна права.²⁹⁶ Удбеничка теорија кривичног поступка задржава се на нивоу процесне радње, атому судског поступка, али нема дубљих истраживања да ли нешто, можда, постоји и на „податомском нивоу“, или ту влада празнина.

Међутим, уколико постоји овлашћујућа објективна правна норма којом је право дато титулару права, тамо постоји и субјективно право.

3.1.1. Појам и карактеристике субјективног кривичнопроцесног права

Субјективно кривичнопроцесно право је прописана и обезбеђена нормама кривичног процесног законодавства, намењена за вршење, *могућност* учесника у кривичном поступку да поступа на одређени начин, те да захтева одређене радње од других учесника у поступку, ради остварења сопствених, друштвених, државних интереса или интереса других лица.

Структуру субјективног права чине три овлашћења: право на сопствене радње, право да се тражи (захтева) одређено понашање од обавезног лица, те право да се тражи заштита од органа државне власти.

Тројство овлашћења која чине неко (било које) субјективно право, на специфичан начин, садржано је и у субјективном кривичнопроцесном праву.

Право на сопствене радње јесте могућност лица да лично врши правно значајне активне радње. За разлику од другог права које улази у структуру субјективног процесног права то је право – не на туђе, већ на своје радње. Међутим, специфичност кривичнопроцесног регулисања намеће строгу зависност између вршења свог процесног права од стране лица и воље суда. Било које овлашћење које му припада учесник у кривичном поступку може да оствари само кроз суд и само посредством суда. Нпр., право да се изведе доказ може да се оствари само ако суд дозволи лицу право да

²⁹⁶ Један од ретких текстова у којем се полемиче на тему субјективних кривичнопроцесних права је монографија Снежане Бркић из 2005. године која се односи на заштиту сведока у кривичном поступку. Ауторка разматра ово право сведока као његово индивидуално субјективно јавно право које се остварује у односу појединца према држави, којем, дакле, одговара обавеза државе као пасивног субјекта да му ту заштиту пружи ако су за то испуњени законски услови. Вид.: S. Brkić, *Zaštita svedoka u krivičnom postupku*, Novi Sad, 2005., 46-54.

предложи извођење одређеног доказа (нпр., да предложи да се саслуша сведок), и ако прихвати овај предлог.

Право на сопствено активно процесно деловање не треба схватити буквално. Вршење права може да се испољи у пасивном понашању лица. Нпр., право оптуженог на суђење у присуству врши се његовим фактичким присуством у судници; за вршење овог права није потребно подношење било каквог предлога или друге активне радње.

Право на сопствене радње учесника у поступку је *база, основа* злоупотребе субјективног процесног права. Одсуство јасних граница вршења субјективних процесних права доводи до неосновано широког схватања и вршења права на сопствене радње.

Међутим, право на сопствене радње у судском кривичном поступку нема независну вредност *без права да се захтева, тражи одређено понашање* од другог учесника у поступку. Право тражења се састоји у могућности да се траже испуњавања или поштовања законских обавеза од других лица учесника у поступку. Процесни односи у кривичном поступку установљени су између суда, с једне стране, и учесника у поступку с друге стране. Из тога следи да овлашћено лице има право да захтева одређено понашање од суда. Како се наведено овлашћење остварује у пракси?

Анализа нормативног материјала и посматрање реалног поступка разматрања и решавања кривичних предмета показује да учесник у поступку нема право да тражи од суда било каква објашњења, нема право да поставља суду питања, нема право да отворено изражава своје неслагање са радњама суда, и слично. Сваки пут при вршењу субјективног процесног права тражења учесник у поступку захтева од суда да санкционише (одобри) његово понашање. Вршење субјективних процесних права других учесника у поступку нужно се остварује обраћањем суду. Тако, учеснику у поступку који је поднео оптужбу (овлашћени тужилац) суд мора да призна овај акт вршења права (нпр., потврђивањем оптужнице).

У уводном делу, у основним одредбама (принципима) Законик о кривичном поступку садржи одредбу којом је прописано да је орган поступка (суд) дужан да, у складу са одредбама тог закона, поучи окривљеног или другог учесника у поступку о правима која му припадају; *ако би окривљени или други учесник у поступку услед незнања могао да пропусти неку радњу или не искористи своја права, орган поступка је дужан да га упозори на последице пропуштања.*²⁹⁷ Суд на претресу не може да комуницира са

²⁹⁷ Члан 8. Законика о кривичном поступку.

лицем (окривљени, сведок, вештак, стручни саветник) уколико га претходно не поучи на права и обавезе које тај учесник има у поступку. У овим обавезама суда се и види садржина овлашћења лица на „туђе радње“. Као одговор на вршење субјективног процесног права од стране лица, суд мора да поступа на прописани начин.

Учесник у судском поступку може да претендује на активне или пасивне процесне радње суда.

У првом случају ради вршења права лица на активне радње траже се, исто тако, активне радње суда који поступа у случају. Нпр., када суд одлучује о предлозима тужиоца или оптуженог за извођење доказа, од њега се тражи провера релевантности, прихватљивости предложених доказа и доношење одговарајућих одлука.

У другом случају, ради вршења права учесника у кривичном поступку довољно је пасивно понашање суда, његова прећутна сагласност са понашањем учесника. Нпр., у току вршења субјективног права на испитивање сведока не захтева се изричито одобрење за свако постављено питање сведоку, али ако суд нађе да је постављено питање не односи на предмет претресања (другим речима, да представља злоупотребу права на постављање питања), одбиће предлог да се постави сведоку.

Реакција (санкционисање) суда на вршење субјективног права тражења учесника у поступку своди се на одбијање или дозвољавање. Ово никако не умањује субјективна права учесника у поступку. Суд законитим вршењем својих субјективних процесних права не задире у процесна права лица која учествују у поступку. Потреба за санкционисањем (одбијањем или дозвољавањем) субјективних права учесника у поступку од стране суда произилази из чињенице да је садржина права која припадају учесницима у поступку у Законику о кривичном поступку утврђена у *општем облику*. Стога, било би исхитрено ставити вршење права тражења на добијање одређених процесних „користи“ у зависност само од самовоље учесника у кривичном поступку, без претходне конкретизације од стране суда форме и садржине права лица. Када суд утврди да је учесник у поступку носилац субјективног процесног права и да то право врши законито, тада санкционише извршене процесне радње признавањем, прихватањем њихових законских последица. Суд нема право да законите процесне радње овлашћеног лица санкционише одбијањем или пропуштањем.

Управо због повезаности суда са правом тражења лица, и захтева да се понаша на одређени начин, злоупотреба процесног права једног од учесника у кривичном поступку *шкоди*, пре свега, интересима суда (поступка). Јер, ако је, како смо ниже навели, правни

интерес суда законито и правично решење кривичне ствари у разумном року, процесна злоупотреба, као незаконитост, не може а да му не шкоди.

На тај начин, право на сопствене радње је нераскидиво повезано са правом да се од суда захтева његово санкционисање (одобрење), и одвајањем од њега губи самосталност. Овај моменат је врло важан за анализу суштине злоупотребе процесних права тражења, јер она постаје могућа само као резултат одобрења радњи (пропуштања) овлашћеног лица од стране суда (активног или пасивног).

Другим речима, *не могу се стећи користи од злоупотребе процесних права тражења уколико суд, хотимице или нехотично, не одобри злоупотребу.*

Вршење субјективног процесног права једног учесника у поступку и суда (кроз његово одобравање) утиче на процесноправни положај (процесне ситуације) других учесника у поступку. Вршење субјективних процесних права од стране учесника у поступку води до стварања правних односа са другим учесницима у поступку, али не непосредно (директно), већ кроз процесне радње суда, образујући на тај начин процесноправни однос.

Странке у поступку (у неким случајевима и трећа лица) стоје међусобно у материјалноправном односу, чија је спорност и навела тужиоца да се обрати суду оптужним актом (оптужницом, приватном кривичном тужбом). У току поступка овај материјалноправни однос се налази у неодређеном стању и, по правилу, не добија даљи развој (између осталог и због процесних мера обезбеђења предузетих од стране суда, нпр., смештања оптуженог у притвор, одређивања привремених мера ради обезбеђења имовинскоправног захтева).

Обим кривичнопроцесних права и дужности сваког учесника у поступку је самосталан и предвиђен нормама Законика о кривичном поступку. Међутим, није једнак у свакој фази поступка (нпр., тужилац стиче право да се изјасни о предлозима одбране за извођење доказа тек након што они буду изјављени). Сходно томе, вршење субјективног процесног права од стране једног учесника у поступку и одобравање тог права (процесне радње) од стране суда има утицај на обим процесних права и обавеза других учесника у поступку. Овај процесни ефекат може да се изрази у непосредном (директном) или посредним (индиректном) утицају на друге учеснике у поступку.

У првом случају, одобравање од стране суда вршења субјективног процесног права тражења лица показује директан, непосредан утицај на његово понашање (на пример, прихвата предлог тужиоца за извођење доказа који се налазе у поседу другог учесника у поступку). Генерално, суд не може на захтев једног да тражи од другог

учесника у поступку да учини одређене процесне радње или нечињења без процене да ли је овај захтев у складу са нормама закона и у којој мери га диктирају околности предмета.

Посредни (индиректни) утицај може да се изрази у процесним и материјалноправним последицама.

Процесне последице се односе на то да суд, одобравајући вршење субјективног процесног права једног самим тим утиче на процесноправне сфере других учесника у поступку. Тако, прихватајући предлог одбране да одложи суђење на неодређено време због боравка оптуженог у болници, суд привремено лишава тужиоца права (могућности) на наставак поступка. При томе циљ суда није „одстрањивање“ тужиоца и других лица из поступка, већ заштита права оптуженог (на лечење) посредно подразумева одлагање заштите права тужиоца на неодређено време.

Материјалноправне последице се испољавају у утицају на материјалноправну (имовинску) сферу процесног субјекта. У претходном примеру, сваки дан одлагања поступка истовремено лишава оштећеног државине на ствари која је доказ у поступку, или одлаже доношење одлуке о имовинскоправном захтеву. С друге стране, долазак сведока, вештака пред суд акутно изискује трошкове, кошта, и тај трошак мора да се плати. Генерално, доношење било које судске одлуке (вршење субјективних потестативних процесних права суда) се позитивно или негативно одражава на материјалну сферу учесника у поступку.

На тај начин, штетност било које злоупотребе субјективног процесног права је у томе да може да наруши не само сферу интереса суда (поступка), већ и сферу интереса других учесника у кривичном поступку.

Наиме, када дозвољава странки да се у поступку понаша на одређени начин, суд може да буде под утицајем неистинитих претпоставки које му је странка саопштила. По правилу суд у почетку нема потпуну представу о постојању, садржају и обиму субјективног права које припада лицу, такође о чињеницама и околностима које су му презентоване. Такву неопредељеност лице може да створи вештачки, а суд често нема могућност да донесе недвосмислен закључак о основаности права лица које га врши. Под утицајем информације чија је провера у конкретној фази поступка отежана, суд може да санкционише одобравањем радње лица које представљају процесне злоупотребе, што ће се утврдити (квалификовати) тек касније у току поступка, или се уопште неће утврдити. Било би погрешно претпоставити да је суд „саучесник“ учесника у поступку који злоупотребљава процесно право, јер у радњи суда нема свести да одобрава злоупотребу.

У наставку поступка, када увиди шта се заиста налази иза радње лица, суд ће према њему применити мере кривичнопроцесне принуде и по могућности успоставити нарушену законитост.

Међутим, једнако су могуће ситуације у којима је злоупотреба права експлицитна (нпр., лице отворено на суђењу говори о недостојним, безвредним мотивима због којих је поднело оптужбу). У таквим случајевима, суд мора да отклони ову незаконитост.

Право обраћања за заштиту органима државне власти, као трећи елемент у саставу субјективног процесног права, јесте могућност да се покрене у дејство апарат државне принуде против обавезног лица одговорног за повреду права. Субјективна кривичнопроцесна права садрже ову компоненту. За њено „активирање“ неопходно је постојање додатних околности у виду неиспуњавања обавеза (од стране обавезног лица). Специфичност тог овлашћења у кривичном судском поступку је у томе да је одговорно лице, оно које не испуњава обавезе, орган државне власти (орган поступка, суд), против којег учесник у поступку, који сматра да је његово субјективно процесно право повређено, тражи да се активира „апарат државне принуде“.

Вршење овог овлашћења је могућност лица које се суочава са тешкоћама у вршењу свог субјективног процесног права да се жали на радње (нечињења) и одлуке поступајућег органа поступка (суда) органу поступка (суду) више инстанце.

У истрази је та виша инстанца судија за претходни поступак.²⁹⁸

Ван главног претреса (суђења) виша инстанца је ванпретресно веће. На главном претресу виша инстанца (у односу на председника већа) је судско веће.²⁹⁹

²⁹⁸ Тако, ако осумњичени и његов бранилац сматра да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме. Ако јавни тужилац одбије предлог за предузимање одређене доказне радње или о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени и његов бранилац може поднети предлог судији за претходни поступак који одлуку о томе доноси у року од осам дана. Ако судија за претходни поступак усвоји предлог осумњиченог и његовог браниоца, наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредити му за то рок (члан 302. Законика о кривичном поступку).

²⁹⁹ Главним претресом руководи председник већа. Председник већа у заседању и на главном претресу утврђује да ли је веће састављено у складу са одредбама законика и да ли постоје разлози због којих се чланови већа и записничар морају изузети; утврђује да ли су испуњене претпоставке за одржавање главног претреса; стара се о одржавању реда и о примени мера за спречавање ремећења реда у судници; стара се о томе да поступак тече без одуговлачења и разматрања питања која не доприносе свестраном расправљању предмета доказивања; одлучује о одступању од редовног тока поступка утврђеног овим закоником, услед посебних околности, а нарочито због броја оптужених, кривичних дела и обима доказног материјала; даје реч члановима већа, странкама, браниоцу, оштећеном, законском заступнику и пуномоћнику, сведоку, вештаку и стручном саветнику; одлучује о предлозима странака ако о њима не одлучује веће; даје налог странци да предложи допунске доказе; преноси у записник садржај рада и цео ток главног претреса; предузима потребне мере за заштиту сведока; решава о другим питањима у складу са овим закоником (члан 367. Законика о кривичном поступку). Веће у току главног претреса одлучује о предлогу о коме не постоји сагласност странака и о сагласним предлозима странака које не прихвати председник већа; приговору против мере председника већа која се односи на руковођење главним претресом; томе да се, без

На одлуке суда које представљају вршење потестативних субјективних процесних права у првом степену, када је то дозвољено Закоником о кривичном поступку, дозвољена је жалба ванпретресном већу тог суда или суду више инстанце (одлука о одређивању или укидању притвора против окривљеног, одлука о трошковима поступка).

Право да се тражи заштита свог повређеног или оспореног субјективног процесног права од органа државне власти није обавезан атрибут субјективног кривичнопроцесног права, његово постојање могу да прате озбиљна ограничења. Нпр., искључена је могућност оспоравања одлука Врховног касационог суда. Такође, не може се уложити жалба против одлука првостепеног суда у односу на које закон не предвиђа могућност изјављивања жалбе (мада се ове одлуке могу оспоравати кроз жалбу на пресуду којом се одлучује у меритуму).

Учесник у кривичном поступку који сматра да су му радњама суда прекршена (оспорена) процесна права, а те радње имају карактеристике дисциплинског прекршаја, има право да се обрати представком (дисциплинском пријавом) дисциплинском органу Високог савета судства.³⁰⁰ Постоје мишљења, са којима се слажемо, да и такве (процесне) радње такође треба сматрати обликом вршења права на заштиту свог (оспореног, непризнатог) субјективног процесног права од стране органа државне власти.³⁰¹ При злоупотреби субјективног процесног права ово право може да се покаже као озбиљно „оружје“ у рукама извршиоца злоупотребе, јер се обраћа целом субјективном праву, укључујући и оно које се остварује злоупотребом, и као такво има подршку државне принуде.

Навели смо да вршење права једне утиче на правни положај друге стране у кривичном поступку. Такав утицај може да се види у праву на жалбу против радњи

обзира на дозволу за оптичка снимања, из оправданих разлога поједини делови главног претреса не снимају; удаљењу из суднице, о искључењу браниоца или пуномоћника, и о настављању, прекиду или одлагању главног претреса због одржавања реда и управљања главним претресом; извођењу допунских доказа, уколико оцени да је то неопходно да би се отклониле противречности или нејасноће у изведеним доказима и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио; другим питањима у складу са овим закоником. Решења већа се увек објављују и са кратким образложењем уносе у записник (члан 368. Законика о кривичном поступку).

³⁰⁰ „Покретање дисциплинског поступка такође је веома значајно питање – са једне стране, потребно је омогућити странкама у поступку да се жале на непрофесионално понашање судије, а са друге стране, потребно је заштити судије од могућих злоупотреба овог права. Због тога се у међународним документима препоручује да жалбе на понашање судија које би могле да доведу до покретања дисциплинског поступка претходно треба да испита једно независно тело. Уколико ово тело оцени да постоји јасно и очигледно кршење професионалног понашања од стране судије, оно има овлашћење да предмет упути телу надлежном за вођење дисциплинског поступка против судија“. Вид.: А. Кнежевић Војовић, *Грађанска, кривична и дисциплинска одговорност судија*, Страни правни живот 3/2008, 122-138.

³⁰¹ А. В. Юдин сматра да ово право има „не-процесни карактер“, као право које се врши ван судског поступка, са чиме, опет, не можемо да се сложимо. Наиме, све зависи од тога како се схвата појам процесне радње у судском поступку (о чему говоримо у наредној тачки). Види: А. В. Юдин, *op.cit.*, 20-31.

(нечињења) или одлука суда. Жалба је усмерена не само против оспорене одлуке; уствари, она може да има утицај на правни положај свих учесника у поступку. Није случајно да овлашћена лица, која учествују у поступку, имају право да дају одговор, примедбе на аргументе жалбе.³⁰² Оспоравајући жалбом радње суда, који је прекршио или није дозволио вршење субјективног процесног права, учесник у поступку истовремено ставља под сумњу и законитост радњи свог опонента, странке на чију страну је суд стао приликом доношења одлуке (нпр., указујући вишем суду у жалби на незаконитост обуставе поступка, тужилац истиче да суд није тражио додатне доказе којима се потврђује чињеница да је тужени у болници, као што је то представио тужени документима сумњиве аутентичности).^{303, 304}

3.1.2. Намена субјективних кривичнопроцесних права

Заштитна природа кривичног процесног права у потпуности условљава заштитну намену свих субјективних кривичнопроцесних права.

³⁰² Члан 444. Законика о кривичном поступку.

³⁰³ А. В. Юдин, *Ibid.*

³⁰⁴ У теорији постоји мишљење да тријада правних овлашћења која чине садржај субјективног процесног права не задовољава, те да би његов садржај требао да буде проширен *правом на резултат* или *последицу извршене процесне радње*. Ово би била *четврта* компонента субјективног процесног права, дакле, могућност да се користи (ужива) одређено друштвено добро. Овакав приступ најтачније одражава друштвену сврху и суштину субјективног јавног процесног права, јер право на сопствене радње и право на тражење, сама по себи, не исцрпљују интересе овлашћеног лица. Право на сопствене радње има декларативни карактер, оно само означава сферу захтева субјекта, која чека одобравање суда. Учесник у поступку није заинтересован за право које има на подношење поднесака, као такво; његов интерес је добијање резултата поводом којих је поднео поднесак (позивање сведока, предлагање доказа, извођење вештачења, итд). Разлика између права на сопствене процесне радње и права на резултат извршених процесних радњи је у томе да је реализација другог немогућа без непосредних радњи (нечињења) суда. Право тражења такође има палијативни, недовршени карактер уколико не приближава субјекта жељеном циљу, већ само заснива правни положај учесника процесноправног односа. Субјективно право које се посматра одвојено од права на резултат има минималну друштвену ефикасност, јер не преводи могућности лица из категорије апстрактног у категорију конкретног. Суд, вршећи своја процесна права пред овлашћеним лицем, треба да разуме да оно има не само право да делује, већ и право да добије предмет своје радње и да га поседује. У садржају права на последице вршења процесних радњи важан је моменат припадности титулару субјективног права резултата којем он стреми као последице имања тог права.

Хронолошки, право на добијање последица процесних радњи може да се оствари како после вршења права тражења одређеног понашања суда, тако и након вршења права на жалбу на судску одлуку.

У првом случају лице не мора обавезно да прибегава коришћењу права да тражи одређене радње, јер га суд не омета у вршењу његових права, али објективна повезаност права лица и права суда у судском поступку изазива неопходност санкционисања сваке процесне радње од стране суда. Овде се право на сопствене радње и добијање резултата преко њих показују практично спојени. Резултат се постиже непосредно у току процесних радњи суда.

У другом случају право на резултат процесних радњи настаје као последица задовољења захтева субјекта од стране суда више инстанце, што може да се изрази или кроз непосредно додељивање субјективног процесног права лицу (учеснику у поступку), или кроз обавезно упутство вишег суда нижем суду да то учини.

Вид.: А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 20-31.

Свако овлашћено лице обдарено је субјективним процесним правом ради заштите својих нарушених или оспорних права и законом заштећених интереса. Сва субјективна кривичнопроцесна права су заштитног карактера. Тужилац својим процесним правима штити себе или другог од извршеног кривичног дела. Она која припадају одбрани заштитна су јер се њима окривљени штити од неосноване или претеране оптужбе. Субјективна процесна права суда у функцији су остваривања и заштите интереса поступка.

Намена субјективних процесних права се изражава у задовољавању стварних материјалних и процесних интереса лица која учествују у поступку.³⁰⁵

3.1.3. Вршење субјективних кривичнопроцесних права

Према општој теорији права, субјективна права према *садржини овлашћења* (начину вршења) могу бити 1) права власти (врше се тако што титулар права спроводи своју вољу непосредно на објекту права, нпр., служи се својом ствари, објављује своје ауторско дело, даје орган за пресађивање), 2) права тражења (врше се тако што титулар права захтева нешто од другог лица, нпр., тражи накнаду штете, издржавање), 3) потестативна (преображајна) права³⁰⁶ (врше се изјављивањем воље од стране титулара, нпр., давањем отказа, одрицањем од права); 4) права учешћа (врше се тако што титулар учествује у процесу доношења одлуке, нпр., у одлучивању о пословној политици правног лица, у доношењу одлуке судског већа).

У судском кривичном поступку учесници у највећој мери врше субјективна права тражења и потестативна (преображајна) субјективна права. Прва су претежно резервисана за странке (право на оптужење и право на предлагање доказа су права

³⁰⁵ А. В. Юдин, *op. cit.*, 36.

³⁰⁶ Потестативна права (енг. *potestative right*, нем. *gestaltungsrecht*), овлашћења правног субјекта да једностраном изјавом воље заснује, промени или оконча правни однос с другим субјектом без његовог пристанка. Потестативно право назива се још и преображајно право или правна моћ.

Према последицама које изазивају, потестативна права се деле на:

а) преображајна права настанка правног односа (стварајућа), нпр. прихват понуде, право прече куповине, окупација;

б) преображајна права промене правног односа (модификујућа), нпр. право избора код алтернативних обвеза;

в) преображајна права престанка правног односа (укидајућа), нпр. отказ уговора, одустанак од уговора.

Појам преображајног права развијен је у немачкој правној теорији почетком XX века. Његова суштина је у правној „моћи“ његовог титулара да сам својом вољом производи правне последице за које је иначе, јер задира у туђе правно подручје, редовно потребна сагласност другог учесника у правном односу. Овлашћење на преобликовање или преображај правног односа на једној страни, одговара дужност трпљења тога преображаја и задирање у туђе правно подручје на другој страни.

Преображајна права могу настати на основи закона или уговора. Једна од њихових карактеристика је да су у правилу везана за рок који је преклузивног карактера: не остваре ли се у том року, престају. У правној науци преовладава гледиште да су потестативна права врста субјективних права.

тражења), док су друга, опет у највећој мери, резервисана за орган поступка, односно суд (право на хапшење лица или право одређивања притвора су преображајна права, чијим вршењем титулар права једностраном изјавом воље заснива, односно мења процесну ситуацију другог лица).³⁰⁷

Како је наведено, права тражења врше се тако што титулар захтева нешто од другог лица (нпр., странка, бранилац, пуномоћник предлаже, тражи да се на суђењу изведе одређени доказ; поставља сведоку или вештаку питања и тражи одговоре на њих; тужилац предлаже, односно тражи од суда да против окривљеног одреди притвор).

Преображајна права се врше изјављивањем воље од стране титулара права којом једнострано мења процесне ситуације других учесника у поступку (нпр., суд на предлог или на сопствену иницијативу одређује притвор против окривљеног; суд прихвата предлог и одлучује да се на суђењу изведе доказ вештачењем од стране вештака специјалисте судске медицине).

Међутим, у кривичном поступку врше се и субјективна процесна права учешћа (члан судећег већа, или члан пороте учествује у доношењу одлуке; лице које је у судници присутно у својству јавности врши субјективно *пасивно* процесно право учешћа у поступку).

Најзад, субјективно процесно право оптуженог на одбрану је право власти, јер је потпуно слободан да, у мери у којој сматра да му је то у интересу, непосредно располаже својом одбраном (како материјалном, тако и формалном). Врши се тако што оптужени непосредно изјављује о предмету оптужбе, или изјављује да не жели да даје одбрану и да ће се бранити ћутањем.

Уколико процесни субјекти врше своја субјективна јавна кривичнопроцесна права на законом прописани начин, не могу таквим вршењем да шкоде поступку, другим учесницима у поступку и трећим лицима.

4. О интересима у кривичном поступку

Реч интерес протиче од латинске речи *interesum*, *interesse*, и значи занимање за нешто, пажњу према нечему, корист. Интерес је вишезначан појам који се употребљава када се жели да изрази учешће, склоност, наклоност, силу која тежи да своју пажњу

³⁰⁷ Врше се и права учешћа, то је право члана већа, односно пороте да учествује у процесу доношења одлуке. Међутим, ми у овом раду посматрамо суд као једног, јединственог учесника у поступку.

посветимо неком објекту, занимање за нешто, пажњу према нечему, корист, изглед на корист, добитак, камату.

Интереси су покретачка снага друштва и појединаца. Они су динамични, променљиви, остварују се практичним чињењем које одобрава правни поредак.

Понашање одређено интересом усмерено је на задовољавање постојеће (актуелне) потребе или њено одржавање. Интерес се најчешће своди на материјална добра, већа или мања, зависно о којем је субјекту реч. Начини остваривања интереса су потпуно различити, и зависе од социјалног статуса, интересовања, образовања лица (нпр., интерес младог човека није исти као и средовечног, интерес радника није исти као и интерес интелектуалца, и т.д.).

Интереси се по садржини деле на моралне и економске. Економски интерес се састоји у одређеним економским користима, што је истакнуто до те мере да је и сама реч интерес синоним за камату. Економски интерес може се измерити новцем. Морални интерес састоји се, пак, у човековој тежњи да одржи своју личну неповредивост, слободу, част, углед, и врло тешко га је изразити у новцу и одредити му новчану накнаду у случају повреде.

4.1. Правни интерес

Уколико је интерес подведен под правну норму, заштићен правом, реч је о правном интересу. Правни (законити) интерес је, дакле, економски или/и морални интерес правног субјекта заштићен правом (законом).

Интереси заштићени правом могу бити лични, појединачни (партикуларни) или групни (општи), ужих или ширих заједница. Једни произилазе из других, међусобно су нераскидиво повезани. Појединачни интереси се не могу разумети без општих. Општи интерес обезбеђује остваривање свих партикуларних интереса, као и интереса свих појединаца са укупношћу својих својстава. Нпр., одбрана земље, правна сигурност су општи интереси. Општи интерес се изражава логиком владајуће идеологије друштва. Без обзира на општост којој преферира, општи интерес није истовремено интерес сваког појединца друштвене заједнице, већ интерес већине.³⁰⁸

³⁰⁸ S. Međedović, *Pravni interes u parničnom postupku*, University Review (Univerzitetska misao), issue: 06/2007., 105-116, on www.cceol.com.

Правни интерес се може посматрати са два аспекта, у супстанционалном (материјалном) смислу обухваћен је материјалноправним нормама, док је у процесном смислу, као правозащитна потреба, обухваћен процесноправним нормама.

У теорији права не постоји јединствено разумевање правне природе правног интереса. Постоје мишљења да је правни интерес „доправна“ категорија, која има природу стремљења, тежње, и налази се изван субјективног права, али је изједначена са њим. Према другом мишљењу, правни интерес је „морално-правно стремљење појединца“, „предправо“, односно феномен који претходи праву, и не представља „ни норму, ни принцип, ни овлашћење, ни својство субјекта“, већ посебан правни феномен. Постоје и мишљења да правни интерес није независни елемент правног статуса лица, већ категорија која се налази изван области права.³⁰⁹

По преовлађујућем мишљењу правни интерес се налази у самом средишту, суштини субјективног права. Субјективно право представља овлашћење титулара права да може нешто да чини у правном односу, односно, да тражи од другог лица да нешто чини или трпи, ради испуњења свог законом заштићеног (правног) интереса. Дакле, правни интерес треба посматрати само у јединству са категоријом „субјективно право“, у противном је лишен практичног смисла због немогућности његове реализације. Сходно томе, правни интерес треба посматрати као елемент субјективног права, који изражава лична стремљења и потребе учесника у правном односу. Он је тај који делује као мотив преводећи субјективно право из статичне у динамичну категорију, односно, он је разлог његовог вршења.³¹⁰

Правни интереси се не врше (врши се субјективно право чији је интерес елемент), већ се остварују и штите од стране правног поретка. Правни интерес, дакле, чини сваки лични и јавни интерес којег штити правни поредак у случају повреде права.

Интерес који у конкретној ситуацији не може да се правно заштити, када субјект нема правну могућност да истакне правозащитни захтев државним органима у случају када је тај интерес угрожен или повређен, није правни, већ неки други интерес.³¹¹

4.2. Правни интерес у кривичном поступку

³⁰⁹ В. В. Хатуаева, Сушность и юридическая природа диспозитивности в уголовном процессе, Российский следователь № 4. 2005., 13.

³¹⁰ В. В. Хатуаева, *Ibid.*

³¹¹ N. Opatić, *Pravni interes u građanskom parničnom postupku*, доступно на <http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Pravni%20interes%20u%20građanskom%20parničnom%20postupku.pdf>, pristup 18.6.2017.

У теорији нема расправа о правним интересима у кривичном поступку, интересима учесника у поступку, главних, споредних, о правим интересима трећих лица, о правним интересима који могу бити погођени кривичним поступком. Они нису проучавани од стране теоретичара кривичног процесног права, а нису јасно дефинисани ни у Законику о кривичном поступку.

Правни (законом заштићени) интерес учесника у кривичном поступку може се утврдити уколико се посматра циљ (сврха) кривичног поступка. Циљ кривичног поступка је системски и чине га три међусобно повезана и условљена елемента, од којих је сваки релативно самосталан. То су: 1) заштита права и правних (законитих) интереса друштва и лица, жртава криминалних дела; 2) кривично гоњење, утврђивање кривице и изрицање правичне кривичне санкције учиниоцу кривичног дела; 3) заштита лица од незаконите и неправичне оптужбе, осуде и ограничавања његових права и слобода. У овом приказу на уопштен начин садржани су најзначајнији *општи* правни интереси свих субјеката заинтересованих за исход и резултат кривичног поступка – како јавни, тако и лични. На овај начин, право на судску заштиту у кривичном поступку имају жртва кривичног дела (оштећени), оптужени, сва друга лица која су укључена у кривични поступак, најзад, друштво у целини.³¹²

Општи јавни интерес, дакле интерес друштва у целини, у судском поступку изражен је у његовим задацима. У кривичном поступку, јавни интереси су усмерени на одбрану друштвеног и државног политичког система и лица од криминалних дела.

Тумачи јавних интереса су сви учесници у кривичном поступку, пре свих службена лица која воде поступак.

Појединачни (лични, партикуларни) интереси одражавају потребе појединих учесника у заштити процесних права у вези са њиховим ангажовањем у кривичном поступку. Они добијају нарочит значај када се примењују према лицима непосредно заинтересованим за исход поступка, који штите своја лична права и интересе (окривљени, бранилац, оштећени, приватни тужилац, пуномоћник).³¹³

На исти начин као и у другим поступцима (парнични, управни, поступак пред уставним судом), правни интерес у кривичном поступку представља легитимацију странке за вођење поступка, јер кривични суд не пружа правну заштиту сваком правном

³¹² Т. В. Трубникова, *Злоупотребление правом в уголовном процессе: критерии и пределы вмешательства со стороны государства*, Вестник Томского государственного университета. Право. 2015. №3 (17), 65-78.

³¹³ О. Я. Баев, „*Злоупотребление правом*“ как уголовно-процессуальная категория, Вестник ВГУ. Серия: Право, 2013. № 2., 336-349.

субјекту, већ само ономе који за то има правни интерес. У том смислу правни интерес представља нужни услов за оправданост функционисања кривичног правосуђа.

У правним системима држава које преферирају да понесу епитет демократија уставни је принцип да свако лице има право на једнаку заштиту својих права у поступку пред судом, државним и другим органима који решавају о његовим правима, обавезама и интересима.³¹⁴ У овом принципу садржана су, заправо, два права, право на заштиту субјективног материјалног права у оквиру правног поретка (законом заштићени интерес), и овлашћење на заштиту права (интерес за правну заштиту), као процесноправни појам.³¹⁵

Примењено на кривично право то значи да држава има субјективно право на опстанак, постојање (правом заштићени интерес). То право увек је повређено извршењем кривичног дела. Самом том чињеницом држава има овлашћење, интерес за правну заштиту (правнозаштитну потребу) свог повређеног субјективног права пред судом. За кривична дела велике друштвене опасности ову „правозаштитну потребу“ овлашћен је да пред суд изнесе јавни тужилац. За кривична дела мање друштвене опасности ова „правозаштитна потреба“ додељена је лицима чија су субјективна права и правом заштићени интереси непосредно погођени извршењем кривичног дела које се гони по приватној тужби.

На овај начин *принцип правног интереса* је један од принципа кривичног поступка и важи за све учеснике у судском кривичном поступку. Међутим, он није самостално дефинисан нормама Законика о кривичном поступку. Принцип је уграђен у целокупни поступак, штавише, постојање правног интереса је општа процесна претпоставка без које не може да се ангажује апарат државног правосуђа. У теорији се наводи да је принцип правног интереса у судском поступку изведен из *принципа економичности поступка (процесне економије)*. Принцип економичности захтева да се са што мање утрошка времена, рада и материјалних средстава постигне што бољи резултат. Ресурси државног правосудног апарата нису неограничени, морају рационално да се користе у пружању правне заштите која мора бити свима доступна.

Постојање и примена принципа правног интереса, као претпоставке за пружање правне заштите, представља својеврсни оквир за иницирање конкретне правне заштите

³¹⁴ Члан 22. Устава Републике Србије: Свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале.

³¹⁵ Sefer Međedović, *Ibid.*

државног правосудног апарата свима и у свим могућим случајевима. Суд мора да спроведе поступак без одуговлачења и са што мање трошкова.³¹⁶ Примена принципа правног интереса је у вези и са временским оквиром који предвиђа до које фазе у поступку се мора учинити вероватним постојање правног интереса, као и до којег тренутка суд треба о њему да донесе одлуку. Исто тако, ограничен је тренутак до које фазе у поступку окривљени може да истакне приговор недостатка правног интереса. Надаље, из принципа економичности и принципа правног интереса изводи се *принцип правног пута*, које се у основи своди на то да се ангажовање државног правосуђа у кривичном поступку не може тражити, као најсложенији и тиме најскупљи, ако се очекивана правна корист може добити и у једноставнијим поступцима (прекршајни, парнични).³¹⁷

Појединачни правни интереси везани су за странке и друге учеснике у кривичном поступку.

Правни интерес је општа процесна претпоставка за сваки захтев странке којим тражи да се суд ангажује у њеној правној ствари. Правни интерес је позитивна претпоставка за допуштеност суђења. Од постојања правног интереса зависи допуштеност сваке кривичне ствари, а изостанак правног интереса повлачи за собом недопустивост вођења поступка и доношења мериторне одлуке.³¹⁸

Постојање правног интереса у поступку се претпоставља.

Појединачни правни интереси учесника у кривичном поступку увек су конкретни, њихово остваривање везано је за конкретну кривичну ствар. То непосредно произилази из одредбе у којој је прописано да се истрага спроводи само у погледу осумњиченог и кривичног дела на које се односи наредба о спровођењу истраге.³¹⁹

Свој правни интерес субјект с правозаштитном потребом мора да учини вероватним на почетку поступка. Суд на његово постојање пази по службеној дужности.³²⁰ Тако, у општем кривичном поступку након подношења оптужнице суд је испитује и уколико утврди да правни интерес тужиоца за вођење поступка није јасно оцртан, да је потребно боље разјашњење стања ствари да би се испитала основаност оптужнице, наредиће да се истрага допуни, односно спроведе или да се прикупе

³¹⁶ Члан 14. Законика о кривичном поступку.

³¹⁷ Nikola Opatić, *Ibid.*

³¹⁸ Правни интерес није ексклузивна процесна претпоставка кривичног поступка, већ се, као општа правна категорија, појављује, као што је већ наведено, и у управном, ванпарничном, парничном, дисциплинском поступку.

³¹⁹ Члан 306. став 1. Законика о кривичном поступку.

³²⁰ Nikola Opatić, *Ibid.*

одређени докази.³²¹ Испитујући оптужницу, суд ће одлучити решењем да нема места оптужби и да се кривични поступак обуставља ако установи да дело које је предмет оптужбе није кривично дело; да је кривично гоњење застарело, или да је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење; да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе.³²² Другим речима, да тужилац нема правни интерес да настави поступак. Исто је и у скраћеном поступку, наиме, судија ће одбити оптужни предлог, односно приватну тужбу ако утврди да нема места оптужби због постојања неког од наведених разлога.³²³

У расправљању о постојању правног интереса узима се у обзир субјективни елемент – могућност да се тужилац нада правној користи коју жели да постигне траженом судском заштитом, а не и објективни елемент – стварна основаност тужиоцевог захтева до које се долази изрицањем пресуде. Правни интерес за тражење и добијање мериторне судске одлуке почива на самој претензији тужиоца да су његове премисе истините и да је његов захтев евентуално основан. Зато се не може порицати постојање правног интереса тужиоцу који би могао да добије негативну одлуку о кривици окривљеног.

Међутим, правни интерес за покретање и вођење кривичног поступка (или парничног, или било којег другог) је могуће симулирати „фактичким ситуацијама“ које не одговарају стварном (самим тим ни правном) стању ствари. У теорији се основано наводи да се у оваквим случајевима ради о *злоупотреби субјективног јавног процесног права на приступ суду*.³²⁴ Овакве симулације правног интереса није лако и једноставно препознати. Држава кроз своје органе преузима на себе ризик разматрања захтева субјектата који само тврде да су њихова права повређена или угрожена, наиме због посредности у целокупном односу, државни правосудни орган не може да одмах зна да ли странке у конкретном спору имају интерес у складу са правом државе.³²⁵

Правни интерес за учествовање у поступку такође има и окривљени. Правни интерес окривљеног за предузимање дефанзивних правних радњи се, такође, претпоставља, јер је то једини могући начин његове одбране од напада тужиоца. Међутим, окривљени, односно одбрана може да фингира постојање правног интереса,

³²¹ Члан 337. став 3. Законика о кривичном поступку.

³²² Члан 338. став 1. Законика о кривичном поступку.

³²³ Члан 503. став 1. Законика о кривичном поступку.

³²⁴ Sefer Međedović, *Ibid.*

³²⁵ Nikola Opačić, *Ibid.*

заодевајући кроз тај, наводно правни, интересе који нису заштићени законом (нпр., да остварујући интерес да се заштити од оптужбе, који јесте правни, предложи извођење обиља небитних доказа, само у циљу њиховог дуготрајног извођења пред судом ради одуговлачења поступка, што није интерес заштићен правом).

Правни интерес је неопходни елемент сваке радње вршења субјективног процесног права. Другим речима, *учесник у поступку треба да има адекватан правни интерес за сваку процесну радњу коју предузима у поступку.*

С друге стране, учесници у поступку немају правни интерес да траже да се утврђује постојање чињеница, нити да се изводе докази који суд не сматра важним за одлучивање. Тако, не доказују се чињенице за које суд оцени да су општепознате, у довољној мери расправљене, да их окривљени признаје на начин који не захтева даље доказивање, или да сагласност странака о тим чињеницама није у супротности са другим доказима.³²⁶ Међутим, окривљени, у оквиру субјективног права на одбрану, може да тражи утврђивање и таквих чињеница.

Окривљени има правни интерес да тражи доношење коначне мериторне одлуке, у интересу му је да тужилац буде мериторно одбијен са својим јавноправним или приватним кривичним захтевом, јер би се у евентуалном новом поступку одмах заштитио у процесном смислу истицањем приговора постојања *res iudicata* од поновног напада.

Код предузимања других процесних радњи интерес окривљеног се огледа у различитим процесноправним користима, нпр., код улагања правног лека то је укидање или ревидирање неповољне пресуде.

За подношење правних лекова (жалбе, захтева) подносиоци морају да имају правну корист коју очекују од деловања инстанционог суда. Та правна корист огледа се у укидању или ревидирању за странку неповољне судске одлуке. Нема правни интерес за подношење жалбе странка која је у поступку потпуно успела са захтевом. У случају да првостепени суд одбаци оптужбу због недостатка правног интереса, тужилац има правни интерес да против таквог решења изјави правни лек, без обзира што за подношење оптужбе у конкретној правној ствари претходно није имао правног интереса.³²⁷

³²⁶ Члан 83. став 3. Законика о кривичном поступку.

³²⁷ Nikola Opatić, *Ibid.*

И правни интерес браниоца у кривичном поступку је интерес субјекта који тражи правну заштиту, али не за себе, већ за друго лице, за окривљеног. Правни интерес пуномоћника, такође, истоветан је са интересом заступаног лица.

Осим странака, у кривичном поступку могу учествовати као субјекти заинтересовани за исход поступка и трећа лица. То су лица чији су правом заштићени интереси повређени кривичним делом, или она на чије правом заштићене интересе непосредно може да утиче исход кривичног поступка. Осим на странке правноснажна судска одлука може да има дејство и на правни положај особа које нису учествовале у поступку као странке.

Правни интерес за исход кривичне ствари има лице оштећено кривичним делом (оштећени). Његов правни интерес огледа се у захтеву суду да заштити његова лична и материјална добра од окривљеног и последица кривичног дела. Ради остварења овог интереса Законик о кривичном поступку му даје могућност да у првостепеном поступку активно делује на страни јавног тужиоца (уколико је реч о кривичном делу које се гони по службеној дужности).

Иако иницијално процесни статус оштећеног лицу додељује тужилац, јер га као таквог квалификује у оптужном акту, суд није везан овом правном квалификацијом (као што иначе није везан правним квалификацијом чињеница од стране тужиоца). Постојање правног интереса оштећеног за учествовање у кривичном поступку утврђује суд у време када се овај укључује у поступак.

Кривични поступак је отворени систем. Законик прихвата да осуда окривљеног може да штети не само њему, већ и интересима трећих лица, те да таква лица имају правни интерес да изјаве правне лекове у корист окривљеног. Зато је дао право његовом брачном или ванбрачном другу, његовим сродницима по крви у правој линији, законском заступнику, усвојитељу, усвојенику, брату, сестри и хранитељу да могу у његову корист да поднесу жалбу³²⁸ и захтев за понављање кривичног поступка.³²⁹ Правни интерес да изјави жалбе на пресуду законик признаје и лицу чији је предмет одузет или од кога је одузета имовинска корист прибављена кривичним делом или имовина проистекла из кривичног дела.³³⁰

Поставља се питање шта је правни интерес суда у кривичном поступку. Има ли суд у кривичнопроцесном односу какав правни интерес, и који је то интерес? Наравно да

³²⁸ Члан 433. став 2. Законика о кривичном поступку.

³²⁹ Члан 471. став 1. Законика о кривичном поступку.

³³⁰ Члан 433. став 5. Законика о кривичном поступку.

има. Суд је учесник у кривичнопроцесном односу, као такав снабдевен је фондом права и дужности, та права дата су му ради остварења законом заштићеног интереса да конкретну кривичну ствар расветли и реши на законит и правичан начин у разумном (примереном) временском року. И правни интерес суда је конкретан, јер пресуда се може односити само на лице које је оптужено и само на дело које је предмет оптужбе садржане у оптужници.³³¹

4.3. Правни интерес учесника у кривичном поступку према одредбама Законика о кривичном поступку

Иако га не дефинише, у Законику о кривичном поступку се користи појам правни интерес, али на термилолошки различите начине. Законик садржи одредбе које се непосредно односе на правне интересе учесника у поступку. Прво што може да се примети из ових одредаба јесте да, када говори о интересу у поступку, законодавац није доследан. Када говори о правним интересима учесника у поступку и трећих лица законодавац користи термине „корист“ (као позитивни интерес), „штета“ (као негативни интерес), „интерес“, „оправдани интерес“, „правни интерес“, „интерес учесника у поступку“ и „интерес кривичног поступка“.

Законик о кривичном поступку посматра правни интерес и са становишта материјалног и са становишта процесног права.

Ради се о нормама *ius cogens*, које искључују диспозиције странака, тако да учесници у поступку не могу да њима диспонирају и тако отклоне њихову примену.

О постојању правног интереса у поступку суд води рачуна по службеној дужности.³³²

У Законику о кривичном поступку се о интересима учесника у поступку и трећих лица у вези са кривичним поступком изричито говори у мноштву одредаба. Највише пажње посвећено је, логично, заштити правних интереса окривљеног, односно одбране.³³³

³³¹ Члан 420. став 1. Законика о кривичном поступку.

³³² Sefer Međedović, *Ibid.*

³³³ Правноснажна судска одлука не може бити измењена *на штету* окривљеног (члан 4. став 1. Законика о кривичном поступку). Јавни тужилац и полиција дужни су да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње, и да са једнаком пажњом испитују чињенице *које терете* окривљеног и чињенице које му *иду у корист* (члан 6. став 4. Законика о кривичном поступку). Суд је дужан да непристрасно оцени изведене доказе и да на основу њих са једнаком пажњом утврди чињенице *које терете* или *иду у корист* окривљеног (члан 16. став 2. Законика о кривичном поступку). Сумњу у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, суд ће у пресуди, или решењу које одговара пресуди, решити у *корист* окривљеног (члан 16. став 5. Законика о кривичном поступку). Окривљени има право да

Процесноправни интерес учесника у кривичном поступку је самосталан, индивидуалан и везан за процесну функцију, односно његов процесни положај. Без обзира на то, више лица учесника у поступку може имати исти или битно сличан процесноправни интерес. При том, овде није реч о процесној претпоставци која мора бити испуњена као услов за правилно и законито вођење поступка,³³⁴ већ о томе да *de facto* процесни интереси више лица могу бити истоветни или битно слични. Обавеза је

се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете и да износи чињенице и доказе у *своју корист*, да испитује сведоке оптужбе и захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе, у његовом присуству испитају сведоци одбране (члан 68. став 1. тачка 10. Законика о кривичном поступку). Бранилац има право да у *корист* окривљеног предузима све радње које може предузети окривљени (члан 71. став 1. тачка 5. Законика о кривичном поступку). Бранилац не може бити бранилац саокривљеног који се у истом предмету терети за исто кривично дело, осим ако орган поступка закључи да то не би штетило *интересима одбране* (члан 73. став 3. тачка 4. Законика о кривичном поступку). Осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјал у *корист одбране* (члан 301. став 1. Законика о кривичном поступку). Ако осумњичени и његов бранилац сматра да је потребно предузети одређену доказну радњу [у *корист одбране*], предложиће јавном тужиоцу да је предузме (члан 302. став 1. Законика о кривичном поступку). Ако је у случају [када на главни претрес не дође бранилац] реч о обавезној одбрани, а нема могућности да оптужени одмах узме другог браниоца или да суд *без штете за одбрану* одмах постави браниоца по службеној дужности, веће ће одлучити да се главни претрес не одржи или, ако је започео, да се прекине или одложи (члан 382. став 2. Законика о кривичном поступку). Председник већа поучиће оптуженог да се може изјаснити о свим околностима које га терете и да може да изнесе све чињенице *које му иду у корист* и позвати оптуженог да изнесе одбрану (члан 397. став 1. Законика о кривичном поступку). У *корист оптуженог* жалбу могу изјавити и његов брачни друг, лице са којим живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота, сродници по крви у правој линији, законски заступник, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра и хранитељ, а рок за жалбу тече од дана када је оптуженом, односно његовом браниоцу достављен препис пресуде (члан 433. став 2. Законика о кривичном поступку). Јавни тужилац може изјавити жалбу (члан 433. став 3. Законика о кривичном поступку), односно поднети захтев за заштиту законитости (члан 483. став 2. Законика о кривичном поступку) *како на штету, тако и у корист окривљеног*. Овлашћени тужилац може, с обзиром на резултат претреса [пред другостепеним судом], изменити оптужницу у *корист оптуженог* или, ако се оптужени сагласи, у целини или делимично одустати од оптужбе (члан 450. став 5. Законика о кривичном поступку). Другостепени суд поводом жалбе изјављене у *корист оптуженог*, испитаће по службеној дужности одлуку о кривичној санкцији: 1) ако је жалба изјављена због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања или због повреде кривичног закона; 2) ако жалба не садржи елементе из члана 435. тач. 2) и 3) овог законика (члан 451. став 2. Законика о кривичном поступку). Другостепени суд може поводом жалбе тужиоца *на штету окривљеног* преиначити првостепену пресуду и у *корист оптуженог* у погледу одлуке о кривичној санкцији (члан 451. став 3. Законика о кривичном поступку). Ако је изјављена жалба само у *корист оптуженог*, пресуда се не сме изменити *на његову штету* у погледу правне квалификације кривичног дела и кривичне санкције (члан 453. став 1. Законика о кривичном поступку). Кривични поступак завршен правноснажном пресудом може се поновити само у *корист окривљеног* (члан 473. став 1. Законика о кривичном поступку). Ако суд из става 1. овог члана сазна да постоји разлог за понављање кривичног поступка, обавестиће о томе окривљеног, односно лице које је овлашћено да у *корист окривљеног* поднесе захтев (члан 474. став 3. Законика о кривичном поступку). Врховни касациони суд може поводом захтева за заштиту законитости јавног тужиоца укинути или преиначити одлуку *само у корист окривљеног* (члан 489. став 3. Законика о кривичном поступку). Ако орган поступка који је одлучивао о редовном правном леку није био овлашћен да отклони повреду која је учињена у побијаној одлуци или у поступку који је претходио њеном доношењу, а Врховни касациони суд по усвајању захтева за заштиту законитости подигнутог у *корист окривљеног* нађе да је захтев основан и да ради отклањања учињене повреде закона треба укинути или преиначити побијану одлуку, укинуће или преиначити и одлуку донету у поступку по редовном правном леку иако њоме није повређен закон (члан 492. став 2. Законика о кривичном поступку). Врховни касациони суд ће пресудом утврдити да постоји повреда закона не дирајући у правноснажност одлуке ако усвоји захтев за заштиту законитости који је поднет *на штету окривљеног* (члан 493. Законика о кривичном поступку).

³³⁴ Кривични поступак не познаје такав институт који би био пандан нужном супарничарству у парничном поступку.

органа поступка, односно суда да води рачуна о овим истоветним процесноправним интересима, јер су лица са таквим интересима у битно сличним процесним ситуацијама, а то, опет, због начела правичности, захтева њихов исти третман у поступку од стране органа поступка.³³⁵

У Законнику о кривичном поступку води се рачуна о процесноправним интересима и других учесника у поступку (оштећеног, сведока, лица заступаног у поступку). Тако, ако сматра да је то потребно *ради заштите интереса посебно осетљивог сведока*, орган поступка ће донети решење о постављању пуномоћника сведоку, а јавни тужилац или председник суда ће поставити пуномоћника по редоследу са списка адвоката који суду доставља надлежна адвокатска комора за одређивање бранилаца по службеној дужности.³³⁶ Ако оптужени или оштећени [у случају искључења браниоца или пуномоћника из даљег поступка] не могу одмах *без штете за своје интересе* да узму другог браниоца или пуномоћника или ако у случају обавезне одбране суд није у могућности да постави новог браниоца без штете за одбрану, главни претрес ће бити прекинут или одложен.³³⁷ Ако оштећени као тужилац или приватни тужилац не узме другог пуномоћника, веће може одлучити да се главни претрес настави без пуномоћника ако нађе да његово одсуство не би било *штетно за интересе заступаног*.³³⁸ Оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца или њиховог законског заступника који након изрицања казне настави да нарушава ред, веће може удаљити из суднице до краја доказног поступка и за даљи ток поступка ће му поставити пуномоћника. Ако веће није у могућности да одмах постави пуномоћника *без штете по интересе заступаног*, главни претрес ће бити прекинут или одложен.³³⁹

Законик о кривичном поступку садржи две одредбе у којима се говори о „правном интересу“. Тако, ако овим закоником није другачије одређено, одлуке се саопштавају усменим објављивањем лицима која за то имају *правни интерес*, ако су присутна, а

³³⁵ То произилази из одредаба кривичнопроцесног закона којима је прописана привилегија здруживања (*beneficium cohaesionis*): ако другостепени суд поводом било чије жалбе утврди да су разлози због којих је донео одлуку *у корист оптуженог од користи и за саоптуженог* који није изјавио жалбу или је није изјавио у том правцу, поступиће по службеној дужности као да таква жалба постоји (члан 454. став 1. Законика о кривичном поступку), такође, ако Врховни касациони суд нађе да разлози због којих је донео одлуку *у корист окривљеног* постоје и за којег од саоптужених у погледу којег није подигнут захтев за заштиту законитости, поступиће по службеној дужности као да такав захтев постоји (члан 489. став 2. Законика о кривичном поступку).

³³⁶ Члан 103. став 3. Законика о кривичном поступку.

³³⁷ Члан 372. став 2. Законика о кривичном поступку.

³³⁸ Члан 372. став 3. Законика о кривичном поступку.

³³⁹ Члан 373. став 1. Законика о кривичном поступку.

достављањем овереног преписа, ако су одсутна.³⁴⁰ Другостепени суд вратиће све списе првостепеном суду са довољним бројем оверених преписа своје одлуке, ради достављања странкама и другим лицима која имају *правни интерес*.³⁴¹ Очигледно, у оба случаја је реч о процесноправном интересу, у првом, лица овлашћених на улагање жалбе на одлуку, у другом лица на чије субјективне процесноправне ситуације се односи одлука другостепеног суда. Правни интерес, како га схвата процесно право има субјективни карактер јер изражава наду учесника у поступку у правну корист коју жели постићи траженом судском заштитом.³⁴²

Не односе се све одредбе Законика о кривичном поступку на процесноправне интересе, нити на интересе учесника у поступку. Законик о кривичном поступку штити интересе који нису процесноправни и интереси су лица која нису учесници у поступку. То је очигледно из следећих одредби закона. Од дужности сведочења искључено лице које би својим исказом повредило дужност чувања професионалне тајне (верски исповедник, адвокат, лекар, бабица и др.), осим ако је ослобођено те дужности посебним прописом или изјавом лица *у чију је корист* установљено чување тајне.³⁴³ Ако је то неопходно ради *заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника, приватности учесника у поступку или других оправданих интереса у демократском друштву*, орган поступка који предузима доказну радњу наредиће лицима која саслушава, односно испитује или која присуствују доказним радњама или разгледају списе истраге да чувају као тајну одређене чињенице или податке које су том приликом сазнала и упозориће их да одавање тајне представља кривично дело.³⁴⁴ Од отварања заседања, па до завршетка главног претреса, веће (суд) може, по службеној дужности или на предлог странке или браниоца, али увек након њиховог изјашњења, искључити јавност за цео главни претрес или за један његов део, ако је то потребно ради заштите: интереса националне безбедности; 2) јавног реда и морала; 3) интереса малолетника; 4) приватности учесника у поступку; 5) *других оправданих интереса у демократском друштву*.³⁴⁵ Предмети чије је одузимање по кривичном закону неопходно ради *заштите интереса* опште безбедности или разлога морала, одузеће се и кад се кривични поступак не заврши пресудом којом се оптужени

³⁴⁰ Члан 274. став 1. Законика о кривичном поступку.

³⁴¹ Члан 461. став 1. Законика о кривичном поступку.

³⁴² Sefer Međedović, *Ibid.*

³⁴³ Члан 93. став 1. тачка 2. Законика о кривичном поступку.

³⁴⁴ Члан 304. став 1. Законика о кривичном поступку.

³⁴⁵ Члан 363. Законика о кривичном поступку.

оглашава кривим или решењем о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења.³⁴⁶ Очигледно, дакле, овде није реч о процесним интересима учесника у поступку, већ о општим интересима (национална безбедност, јавни ред, морал), интересима лица под посебном уставном заштитом, или другим интересима учесника у поступку (право на приватан живот), најзад, ту је и генерална, општа клаузула да се у кривичном поступку *штите и други оправдани интереси у демократском друштву*. Законодавац није навео који су то интереси, већ је оставио пракси да их одреди. Међутим, очигледно је да то нису процесни, већ интереси који могу бити повређени *незаконитим* кривичним поступком. Овим одредбама процесног закона одређени су, уствари, права и правом заштићени интереси, осим процесних, који могу бити повређени незаконитим вођењем кривичног поступка: једном речју, то су сви *оправдани (правим заштићени) интереси у демократском друштву*.

На овај начин, по нашем мишљењу, икођење које се чини кривичнопроцесним злоупотребама увек има свој циљ који се огледа у повреди каквог правом заштићеног интереса (права).

Законик о кривичном поступку користи и термин „оправдани интерес“ када говори о интересима учесника у поступку или трећих лица која не учествују у поступку, али имају интерес да дођу до информација о поступку. И овде се, свакако, ради о правном интересу, јер је заштићен процесним законом. Тако, јавни тужилац или суд може дозволити да учесници поступка који имају *оправдани интерес*, помоћу уређаја за тонско или оптичко снимање сниме извођење доказне или друге радње или главног претреса.³⁴⁷ Такође, свако ко има *оправдани интерес* може разматрати, копирати или снимати поједине списе, осим оних који имају ознаку степена тајности.^{348, 349}

³⁴⁶ Члан 535. став 1. Законика о кривичном поступку.

³⁴⁷ Члан 236. став 9. Законика о кривичном поступку.

³⁴⁸ Члан 250. став 1. Законика о кривичном поступку.

³⁴⁹ Постоји мишљење да се у идентичном случају у одредбама Закона о парничном поступку не ради о правном интересу. Тако, Сефер Међедовић наводи: „Ваља запазити да Закон о парничном поступку помиње појам „интереса“ и још на неколико мјеста, али то нису правни интереси у смислу горе наведених случајева, већ више би рекли да се ради о „обичним“ интересима. Тако на пример у чл. 145 ЗПП-а који говори о прегледању и преписивању списка Закон даје право странкама да прегледају, фотокопирају и преписују списе парнице у којој учествују, док осталим лицима дозволиће се само прегледање и преписивање појединих списка ако имају „оправдан интерес“. Вид.: S. Međedović, *Pravni interes u parničnom postupku*, University Review (Univerzitetaska misao), issue: 06/2007, 105-116, on www.cceol.com.

Међутим, не можемо да се сложимо са оваквим ставом, јер је овај *оправдани интерес* заштићен процесним законом, те је самим тим правни, а не какав други интерес који није заштићен правом.

Најзад, законодавац познаје и штити *интерес кривичног поступка* као таквог, самог по себи. То се може утврдити из бројних одредаба процесног закона.³⁵⁰ Овим одредбама процесног закона штити се интерес самог поступка, односно суда. Овде је, уствари, реч о јавном интересу, јер је кривични поступак јавноправни правни однос. Ствар је општег, јавног интереса да се поступак поводом кривичног дела спроведе брзо, законито и правично.

³⁵⁰ Оштећеном као тужиоцу, када се кривични поступак води за кривично дело за које се по закону може изрећи казна затвора у трајању преко пет година, може се, на његов захтев, поставити пуномоћник ако је то у *интересу поступка* и ако оштећени као тужилац, према свом имовном стању, не може сносити трошкове заступања (члан 59. став 1. Законика о кривичном поступку). На увиђај се може позвати и вештак ако би његово присуство било *од користи* за давање налаза и мишљења (члан 133. став 4. Законика о кривичном поступку). Кад је то неопходно ради утврђивања истоветности или у другим случајевима *од интереса за успешно вођење поступка*, суд може одобрити да се фотографија осумњиченог јавно објави (члан 140. став 2. Законика о кривичном поступку). Ако притвореник то захтева, судија за претходни поступак, односно председник већа, уз сагласност управника завода, може дозволити да он ради у кругу завода на пословима који одговарају његовим психичким и физичким својствима, под условом да то није *штетно за вођење поступка* (члан 218. став 5. Законика о кривичном поступку). Суд ће јавном тужиоцу, на његов захтев, доставити кривични спис ради разматрања; ако је у току рок за изјаву редовног правног лека, или ако то захтевају *други интереси поступка*, суд може одредити у ком року јавни тужилац треба да врати списе (члан 247. став 3. Законика о кривичном поступку). Ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, полиција је дужна да предузме потребне мере да се пронађе учинилац кривичног дела, да се учинилац или саучесник не сакрије или не побегне, да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ, као и да прикупи сва обавештења која би могла бити *од користи за успешно вођење кривичног поступка* (члан 286. став 1. Законика о кривичном поступку). О чињеницама и околностима које су утврђене приликом предузимања појединих радњи [полицији у предистражном поступку], а могу бити *од интереса за кривични поступак*, као и о предметима који су пронађени или одузети, саставиће се записник или службена белешка (члан 286. став 2. Законика о кривичном поступку). Уз кривичну пријаву достављају се и предмети, скице, фотографије, прибављени извештаји, списи о предузетим мерама и радњама, службене белешке, изјаве и други материјали који могу бити *корисни за успешно вођење поступка* (члан 288. став 9. Законика о кривичном поступку). У истрази се прикупљају докази и подаци који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак, докази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца, докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, као и други докази који могу бити *од користи за поступак*, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним (члан 295. став 2. Законика о кривичном поступку). Јавни тужилац предузима доказне радње, по правилу, само на подручју надлежности суда пред којим поступа; ако *интерес истраге* захтева, он може поједине доказне радње предузети и ван подручја овог суда, али је дужан да о томе обавести јавног тужиоца који поступа пред судом на чијем подручју предузима доказне радње (члан 298. став 3. Законика о кривичном поступку). Веће може одлучити да се претрес [пред другостепеним судом] одржи само у односу на поједине делове првостепене пресуде, ако се они могу издвојити *без штете за правилно пресуђење* (члан 446. став 3. Законика о кривичном поступку). Веће може одлучити да се о седници већа обавесте странке и када то нису захтевале или да се о седници обавести и странка која то није захтевала, ако би њихово присуство било *корисно за разјашњење ствари* (члан 447. став 3. Законика о кривичном поступку). Другостепени суд може и само делимично укинути првостепену пресуду ако се поједини делови пресуде могу издвојити *без штете за правилно пресуђење* (члан 458. став 3. Законика о кривичном поступку). О жалби против решења првостепеног суда одлучује другостепени суд у седници већа, осим ако овим закоником није другачије одређено. О седници већа се могу обавестити странке ако суд сматра да би њихово присуство било *корисно за разјашњење ствари* (члан 467. став 2. Законика о кривичном поступку). Кад другостепени суд [у скраћеном поступку] одлучује о жалби против пресуде којом је изречена казна затвора, о седници већа обавестиће се странке и бранилац, а у осталим случајевима, само ако председник већа или веће нађе да би присуство странака било *корисно за разјашњење ствари* (члан 511. став 1. Законика о кривичном поступку).

4.4. Субјективно кривичнопроцесно право и адекватан процесноправни интерес

Зашто нам је у овој студији било потребно да анализирамо правни интерес у кривичном поступку? Зато што је правне, законом заштићени интерес неодвојиви елемент субјективног јавног кривичнопроцесног права.

Без обзира како га посматрали, да ли као „доправо“, „предправо“ или посебан правни феномен, извесно је да правни интерес добија свој смисао само као елемент субјективног процесног права; субјективног процесног права тужиоца да оптужи, субјективног процесног права да предложи и изведе доказ пред судом, субјективног процесног права да завршну реч и захтева од суда осуђујућу пресуду; субјективног процесног права окривљеног да изнесе одбрану, да ради своје одбране предложи и испита сведока, вештака, стручног саветника; субјективног процесног права суда да припреми и одржи главни претрес, одреди притвор против оптуженог, доноси одлуке о доказним предлозима странака. У противном је лишен практичног смисла због немогућности његове реализације.

Сходно томе, правни, законом заштићени интерес, који изражава лична стремљења и потребе учесника у кривичном поступку, треба сматрати елементом субјективног кривичнопроцесног права. Он је тај који делује као мотив преводећи субјективно процесно право из статичне у динамичну категорију, односно, он је разлог његовог вршења.³⁵¹

Субјективно право је мера могућег понашања лица да се, у оквиру закона, понаша на одређени начин, или да од другог захтева такво понашање, ради остварења свог правом заштићеног интереса. Сваком законом признатом и заштићеном интересу може се придружити (припада му) одређено субјективно право; и обратно, вршењем конкретног субјективног права остварује се и штити конкретан правом заштићени интерес титулара права.

Ово важи за сваки правни однос, такође и за процесноправни.

Учесници у кривичном поступку, предузимајући кривичнопроцесне радње, вршећи своја субјективна кривичнопроцесна права, остварују своје законите (законом заштићене) процесне интересе. Поступајући на овај начин, они, такође, задиру у законите интересе других учесника у кривичном поступку и трећих лица.

³⁵¹ В. В. Хагуаева, Сушность и юридическая природа диспозитивности в уголовном процессе, Российский следователь № 4. 2005., 13.

Међутим, Законик о кривичном поступку даје могућност заштите (штити) само законитих интереса лица везаних за конкретну кривичну ствар.³⁵²

Дакле, уколико се субјективно кривичнопроцесно право свесно врши а) без правног интереса, или б) ради остваривања другог, а не правног интереса који се остварује вршењем тог права; в) ради остварења интереса који није заштићен правом; г) несразмерно, прекомерно, без уважавања туђег интереса заштићеног правом; д) непримерено, остварујући свој интерес и при том негирањем туђег законом заштићеног интереса, њ) или се свој правом заштићени интерес остварује неморално или неправично – у свим овим случајевима није реч о вршењу субјективног кривичнопроцесног права, већ о процесној злоупотреби.

Другим речима, *радња кривичнопроцесне злоупотребе је радња вршења субјективног процесног права којем недостаје правни интерес, или га садржи али није правни (шикана другог учесника у поступку, одуговлачење поступка), или јесте правни, али се остварује неморално или неправично, или се не штити у кривичном поступку, или се не односи на конкретну, већ другу правну ствар, или је прекомеран у односу на правни интерес другог учесника у поступку или трећег лица.*

Ово нас наводи на закључак да је злоупотреба процесног права у кривичном поступку дефект процесноправног интереса учесника у поступку.

Такво процесно поступање учесника у поступку нема заштиту правног поретка, јер је злоупотреба процесног права, већ је, као штетно, штетно за поступак и друге учеснике у поступку, подложно превенцији и санкционисању.

5. Кривичнопроцесна радња

На који начин процесни субјект диспонира својим кривичнопроцесним правима? Он то чини процесним радњама.

Кривичнопроцесна радња је у средишту кривичног поступка, она је опажајно примарна, али је потчињена кривичнопроцесном односу. Кривичнопроцесни однос, који статира права и дужности субјеката, условљава и одређује кривичнопроцесне радње, те је стога и претпостављен радњама.

³⁵² А. А. Данилевич, О. В. Петрова, *Обеспечение добросовестного использования прав участниками уголовного процесса*, Право и демократия: сб. научн. тр./ редкол.: В. Н. Бибило (гл. ред.) [и др.] – Мн.: БГУ, 2008. – Вып. 19. 256-270.

Учесници у кривичном поступку врше своја субјективна процесна права и дужности кроз кривичнопроцесне радње. Кривичнопроцесна радња је начин испољавања учесника у поступку. Кроз процесну радњу процесни учесници саопштавају спољном свету своју процесну вољу, хтење, остварују и штите своје законом заштићене интересе. Не постоји други облик манифестовања воље учесника у кривичном поступку осим процесне радње.

Процесне радње у кривичном поступку су бројне и разноврсне, њих обављају кривичнопроцесни субјекти у разним фазама, односно стадијумима поступка. Оне су различите по своме вршењу и по својој функционалној вредности у поступку. Једне доприносе управљању и развијању поступка, друге проузрокују доношење одлука, а у одређеној фази поступка и пресуђење кривичне ствари. У крајњој линији, свака кривичнопроцесна радња на одређени начин доприноси остварењу кривичнопроцесног задатка.³⁵³

5.1. Форма кривичнопроцесне радње

Кривичнопроцесне радње су предвиђене у Законнику о кривичном поступку тако што закон уређује њихов облик и само вршење. Предвиђеност и конкретна одређеност кривичнопроцесних радњи у закону доводи до њихове процесне форме. Под процесном формом подразумева се систем претпоставки које су нужне за предузимање кривичнопроцесне радње.

Међутим, њен појам није одређен процесним законом. Такође, у теорији не постоји сагласност о појму кривичнопроцесне радње. Најчешће, кривичнопроцесна радња се дефинише као законом предвиђена и уређена делатност учесника у кривичном поступку која се предузима ради расветљења и решења кривичне ствари, односно ради остваривања кривичнопроцесног задатка.³⁵⁴

Формални елементи вршења кривичнопроцесне радње углавном нису спорни. За форму кривичнопроцесне радње важе општи принципи кривичног поступка, односно, између основних принципа кривичног процесног права и принципа форме вршења

³⁵³ D. V. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Osmo dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1982.

³⁵⁴ С. Бејатовић, *Кривично процесно право*, Треће измењено и допуњено издање, ЈП Службени гласник, Београд, 2014., 241.

кривичнопроцесних радњи стоји знак једнакости. Другим речима, већина основних принципа кривичног процесног права представља општа правила која важе и при предузимању кривичнопроцесних радњи од стране процесних субјеката ради остваривања кривичнопроцесног задатка. Ти принципи су, пре свега, принцип непосредности, принцип усмености, принцип јавности, принцип процесне економије.³⁵⁵

356

По нашем мишљењу, кривичнопроцесна радња је понашање процесног учесника које производи последицу у кривичном поступку (одређену процесну ситуацију), којем кривично процесно право прописује претпоставке и облик.³⁵⁷ Пропуштање процесне радње (нечињење) релевантно је (може се сматрати процесном радњом) када то процесни закон изричито одређује (нпр., уколико оптужени не дође на суђење, оно ће се одложити).³⁵⁸

ДРУГИ ДЕО

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА И КРИВИЧНИ ПОСТУПАК

³⁵⁵ С. Бејатовић, *op. cit.*, 243.

³⁵⁶ Исти став заступа и Загорка Јекић, према којој су начела извођења кривичнопроцесних радњи начело усмености, начело непосредности и начело јавности. Вид.: З. Јекић, *Кривично процесно право*, Седмо измењено и допуњено издање, Савремена администрација, Београд, 2001., 185-187.

³⁵⁷ Д. Крапас, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, V. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, studeni 2012., 256.

³⁵⁸ Д. Крапас, *op. cit.*, 259.

Глава I

ЗЛОУПОТРЕБА ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Злоупотреба процесних права у кривичном поступку свакако постоји као процесноправни институт. То не морамо посебно да доказујемо, наиме, позитивни српски Законик о кривичном поступку³⁵⁹ садржи одредбу у којој је изричито прописано да је суд дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку

³⁵⁹ „Службени гласник Републике Србије“ број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. У даљем тексту: ЗКП.

злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка.³⁶⁰ Већ ова чињеница, одређеност појма „злоупотреба права у кривичном поступку“, омогућује нам да закључимо да институт постоји, јер га, ако ниједан други сегмент правног поретка, прихвата законодавац.

С друге стране, и да није тако, тврдње појединих аутора да за такву појаву као што је злоупотреба права нема места у кривичном поступку јер су права и дужности учесника у том поступку прописане одредбама *ius cogens*,³⁶¹ те се не могу злоупотребити – свакако не задовољава. На исто се своди теза да кривичнопроцесни закон омогућава тужиоцу и одбрани да диспонирају процесним правима у обиму и по садржају како је у њему прописано, тако да о било каквој злоупотреби права у кривичном поступку не може бити говора.³⁶²

Оваква мишљења демантује свакодневна пракса учесника у кривичним поступцима пред судовима држава света. Процесне активности у кривичном поступку врше се у оквиру система интеракције професионалних и непрофесионалних учесника у кривичнопроцесном правном односу, који су, заузврат, обдарени одређеним фондом права и обавеза. Носиоци права, по правилу, слободни су да изаберу облике њиховог вршења.

Међутим, где год постоји могућност слободног располагања својим правима, могућ је ризик и постоји опасност од њихове злоупотребе.³⁶³ Свако правно овлашћење може да се злоупотреби. Ово је посебно карактеристично за кривични поступак, наиме,

³⁶⁰ Члан 14. став 1. Законика о кривичном поступку.

³⁶¹ Тако, „... због специфичности кривичнопроцесних радњи, субјекти кривичног поступка не могу да злоупотребе кривичнопроцесна права, јер је њихова активност строго прописана у кривичнопроцесном законодавству, ове активности морају да се остварују у оквирима одређених захтева, остваривање овлашћења која су поверена субјектима у поступку на исправан начин је њихова обавеза, за њихово неиспуњавање субјект може бити изложен одговорности, исправно испуњавање обавеза које су наметнуте субјекту у поступку искључује могућност злоупотребе права“.

Међутим, већ у следећем пасусу: „У вези са тим, тешко је повући границу између незнања у коришћењу процесних права и злоупотребе права од стране непрофесионалних учесника у кривичном поступку. У том смислу, од посебног интереса за истраживање је злоупотреба кривичнопроцесних права од стране адвоката, који је професионални учесник у поступку, и може да делује на било који начин који није забрањен законом, што адвокату даје могућност за злоупотребу процесних права, јер кривичнопроцесно законодавство [Руске Федерације] не забрањује директно ту или неку другу форму злоупотребе. Практика показује да се адвокати нарочито активно користе могућностима за злоупотребе које им је омогућио законодавац: поновно подношење сличних поднесака, одуговлачење са упознавањем са материјалима кривичног предмета, виšekратно одлагање суђења из различитих разлога, злоупотребе при истраживању доказа“. Вид.: А. Ф. Шотт, *Злоупотребление правом в уголовном процессе*, електронски извор, доступно на conf.sfu-kras.ru/mn2015/sites/.../Шотт%20А.Ф..docx, приступ 19.8.2015.

³⁶² В. В. Хатуаева, *Сушность и юридическая природа диспозитивности в уголовном процессе*, Российский следователь № 4., 2005., 13.

³⁶³ К. М. Баева, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России: общие принципы и основные понятия*, Воронежские криминалистические чтения, № 1-2016 (18), 8-14.

због његове нужне формалности, форме у којој се остварује кривичнопроцесно право и апстрактности процесних правила из којих извиру овлашћења за предузимање процесних радњи, овлашћења која из њих проистичу могу се лакше злоупотребити него друга правна овлашћења.³⁶⁴

1. Кратка историја института кроз анализу законских одредби, судску праксу и ставове правне теорије

1.1. Злоупотреба процесних права у законским текстовима

Српско процесно законодавство, такође и процесни закони држава које су раније чиниле југословенску федерацију, познају термин „злоупотреба права“.

Тако, Законик о судском поступку у грађанским парницама Краљевине Југославије (донет 13.7.1929., почео са применом 1.1.1933.) садржао је одредбе које су се односиле на спречавање злоупотреба процесних права учесника у парничном поступку усмерених на одуговлачење поступка, и то како у односу на странке,³⁶⁵ тако и у односу на њихове пуномоћнике.³⁶⁶ Законик је садржао одредбу која се односила на „сумњиво“ доказно средство, за које је постојала вероватноћа да је предложено у циљу одуговлачења поступка.³⁶⁷ Несавесног („обесног“) парничара, за кога би се утврдило да је својим процесним радњама одуговлачио трајање поступка, суд је могао да обавезе да другим

³⁶⁴ А. Маркићевић, *Злоупотреба права у кривичном поступку*, Гласник адвокатске коморе Војводине број 2-3, фебруар-март 1981., 26-30.

³⁶⁵ „Нарочито се може странкама наложити да у одређеном року предаду суду исправе, које ће употребити као доказна средства, да би их противник прегледао и да назначе имена и боравишта сведока, који се имају саслушати. Кад странка, у намери да одуговлачи парницу, не испуни такав налог, и тражена доказна средства поднесе тек на настављеној усменој расправи, онда може веће, по предлогу или по службеној дужности, изрећи да овим доказним средствима нема места, ако би се њима настављање расправе одуговлачило“ (§ 245 став 3 Законика о судском поступку у грађанским парницама).

³⁶⁶ Суд је могао да казни новчаном казном до 3.000 динара адвоката који је изјавио ревизију на пресуду апелационог суда из обести или у циљу одуговлачења поступка (§§ 606, 622 став 3 Законика о судском поступку у грађанским парницама), или ако је из истих разлога изјавио жалбу на решење суда првог степена (§§ 151, 186, 243, 264, 268 Законика о судском поступку у грађанским парницама).

³⁶⁷ „Ако доказивање спречава каква околност, за коју се не зна колико ће трајати, или ако се сумња да ли ће се моћи изводити доказ, или ако се доказ има изводити изван државе, онда ће суд у доказном закључку по предлогу одредити рок за извођење доказа. Кад тај рок протече безуспешно, наставиће се расправа по предлогу које странке, без обзира на то што је доказ изостао. На настављеној усменој расправи може се тај доказ употребити само онда када се тиме не одуговлачи поступак“ (§ 375 Законика о судском поступку у грађанским парницама).

Д. Анђелковић наводи да је сврха ове одредбе била управо осујећење процесних радњи несавесних парничара који су, у циљу одуговлачења поступка, често умели да се послуже доказним средствима која се не могу брзо употребити (незначавање тачне адресе сведока, позивање на сведоке у иностранству). Вид.: Д. Анђелковић, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, прва књига, Београд, 1932., 20.

учесницима надокнади трошкове поступка, у целини или по принципу правичности („од чести“), чак и ако је успео у спору.³⁶⁸

Кривичнопроцесни закон из тог времена, Законик о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију (донет 16.2.1929., почео са применом 1.1.1930.), није садржао одредбе које су се изричито односиле на процесне злоупотребе. Ипак, садржао је одредбу која се односила на састављање записника, којом је прописано да судија саставља записник тако што диктира шта ће се унети у записник тако да то могу да чују сва присутна лица; оне ко се испитује допуштено је да своје одговоре сам диктира у записник, што ће му судија забранити, ако ово своје право буде злоупотребио.³⁶⁹

На овај начин законик је у својим одредбама садржао термин злоупотреба права.

Законик је садржао одредбе о трошковима кривичног поступка, међу њима и одредбу којом је прописано да, без обзира на коначни исход поступка, ко у току поступка појединим радњама или својим држањем неоправдано проузрокује трошкове, дужан је да их сноси, јер се сматра да су настали његовом кривицом; само државни тужилац се није могао обавезати на накнаду трошкова поступка.^{370, 371} Сведок или вештак који у претходном поступку изостане, а изостанак не оправда, дужан је да сноси трошкове проузроковане његовим изостанком.³⁷² Они су исто тако дужни да сnose и трошкове одлагања главног претреса, као и јавног претреса пред окружним односно апелационим судом поводом призива против пресуде судије појединца, ако су их проузроковали својим неоправданим изостанком.³⁷³ Ово исто вреди и за браниоца када се претрес одложи зато што се он удаљи са претреса пре него што је довршен или ако му је због непристојног владања одузета реч и оптужени позван да узме другог браниоца.³⁷⁴ И сам окривљени, без обзира на исход поступка, дужан је да сноси оне трошкове које је проузроковао својим пропуштањем, уколико их је заиста скривио,³⁷⁵ нпр., ако је главни претрес одложен због тога што и поред уредног позива није дошао, а изостанак није оправдао, био је дужан да сноси трошкове одлагања. Законик је предвиђао и посебан случај плаћања трошкова поступка, када је поступак покренут и вођен по лажној пријави

³⁶⁸ „Ако се суд из околности увери да је странка могла још раније изнети чињенице и доказна средства, па се услед тога задоцњења одуговлачило свршавање парнице, може суд по предлогу или по службеној дужности наложити тој странци да накнади сасвим или од чести парничне трошкове, баш и ако победи“ (§ 106 Законика о судском поступку у грађанским парницама).

³⁶⁹ § 70. став 5. Законика о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију.

³⁷⁰ § 311. став 3. Законика о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију.

³⁷¹ Б. Марковић, *Уибеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1930., 223.

³⁷² § § 163. и 186. Законика о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију.

³⁷³ § § 238. и 403. Законика о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију.

³⁷⁴ § 237. став 3. Законика о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију.

³⁷⁵ § 311. став 2. тачка 1. Законика о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију.

за кривично дело које се гони по службеној дужности. У таквом случају трошкове кривичног поступка и нужне издатке окривљеног за одбрану дужан је да сноси подносилац лажне пријаве.³⁷⁶ Лажна пријава морала је бити учињена са знањем или из крајњег нехата.³⁷⁷

Након Другог светског рата југословенски грађанскопроцесни закони прописивали су одредбе о процесним злоупотребама и њиховом спречавању. У парнични поступак је унет *принцип забране злоупотребе процесних права*, којим је за странке прописана дужност да *савесно* користе права која су им призната процесним законом, а за суд дужност да спречи и казни сваку злоупотребу права које имају странке у поступку.³⁷⁸

У области кривичног поступка тема процесних злоупотреба није била актуелна за законодавца. Питање процесних злоупотреба у кривичном поступку појавило се са јачањем акузаторских елемената у поступку. Након новеле бившег југословенског Закона о кривичном поступку из 1967. године ојачана су процесна права окривљеног, а конструкција кривичног поступка приближена је страначкој концепцији парничног поступка. Средином седамдесетих година XX века појавили су се захтеви да се пропише општа дужност суда да спречи опструктивне радње одбране усмерене, углавном, на одуговлачење поступка, као што су нпр., поновно подношење захтева за изузеће, напуштање главног претреса, захтевање понављања доказног поступка након протеча одређеног рока ради одлагања главног претреса, неистицање неког важног доказа до погодног момента у поступку, чак и након изрицања пресуде, и сл. Иако је већ југословенски Закон о кривичном поступку из 1967. године садржао прописе чија је сврха била да се спрече таква поступања, њиме није била прописана општа забрана злоупотребе процесних права у облику процесног принципа. Принцип се већ тада могао утврдити из одредаба кривичнопроцесног закона, али актуелна кривичнопроцесна теорија то није учинила, за разлику од теоретичара грађанског процесног права, који су већ имали традицију доктринарне разраде „*злоупотребе процесних права*“, односно начела „*савесности*“ прописаног у Закону о парничном поступку.

Зато је приликом реформе југословенског кривичнопроцесног закона из 1976. године у његов текст унета одредба члана 14. која је гласила: „Суд је дужан да настоји

³⁷⁶ § 311. став 2. тачка 4. Законика о судском кривичном поступку за Краљевину Југославију.

³⁷⁷ Б. Марковић, *op.cit.*, 226.

³⁷⁸ Члан 9. Закона о парничном поступку („Службени гласник Републике Србије“ број 72/2011).

да се поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку“.

У образложењу Нацрта закона о изменама и допунама Закона о кривичном поступку (Југославије) из јуна 1976. године било је наведено да је „ново начело о експедитивном вођењу поступка и сузбијању злоупотребе“ ... „садржано у Закону о парничном поступку, одакле је углавном и преузето“ те да су „у разради овог начела врло различите мере и санкције [предвиђене] у одговарајућим одредбама законика за случај непридржавања и повреде овог начела“.

Овим је у југословенском кривичнопроцесном законодавству изричито прописан принцип забране злоупотребе процесних права учесника у кривичном поступку. Тако како је конципиран односио се на све учеснике и на све злоупотребе у поступку.

Ова одредба је непромењена преузета у све касније новеле бившег савезног југословенског Законика о кривичном поступку (члан 16. Законика о кривичном поступку Савезне Републике Југославије из 2001. године), а потом и у нова кривичнопроцесна законодавства свих република које су чиниле југословенску федерацију (Србија,³⁷⁹ Хрватска,³⁸⁰ Словенија,³⁸¹ Босна и Херцеговина,³⁸² Црна Гора,³⁸³ Македонија³⁸⁴). Сви ови кривичнопроцесни закони садрже, дакле, у својим уводним одредбама, међу правилима која представљају основне принципе, норме које, формулисане на исти или сличан начин, обавезују орган поступка, односно кривични суд да онемогући сваку злоупотребу права лица која учествују у кривичном поступку. Једини изузетак међу њима је важећи српски Законик о кривичном поступку из 2011. године,

³⁷⁹ „Суд је дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка” – члан 14 став 1 Законика о кривичном поступку Републике Србије („Службени гласник Републике Србије“ број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014).

³⁸⁰ „Postupak se mora provesti bez odugovlačenja, a sud i druga državna tijela dužni su onemogućiti svaku zlouporabu prava što pripadaju sudionicima u postupku. U postupcima u kojima je okrivljeniku privremeno oduzeta sloboda, sud i državna tijela postupat će osobito žurno” – члан 11 став 2 Закона о казненом поступку Републике Хрватске („Narodne novine”, број 152/08).

³⁸¹ „Sodišče si mora prizadevati, da se postopek izvede brez zavlačevanja in da onemogoči kakršnokoli zlorabo pravic, ki jih imajo udeleženci v postopku“ – член 15 Закона о казненем поступку („Uradni list” Републике Словеније, шт. 63/94, uradno prečiščeno besedilo, „Uradni list” RS, шт. 32/2012).

³⁸² „Sud je dužan da postupak provede bez odugovlačenja i onemogućiti svaku zloupotrebu prava koja pripadaju osobama koje učestvuju u postupku“ – члан 14 таčka 2 Закона о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине („Službene novine Federacije Bosne i Hercegovine број 35/03, 37/03, 56/03).

³⁸³ „Sud je dužan da postupak sprovede bez odugovlačenja i da onemogućiti svaku zloupotrebu prava koja pripadaju licima koja učestvuju u postupku” – члан 15 став 2 Законика о кривичном поступку Републике Црне Горе („Službeni list Crne Gore”, број 57/09 од 18. avgusta 2009. године).

³⁸⁴ „Судот е должен постапката да ја спроведе без одолжување и да ја оне воз може секоја злоупотреба на правата кои им припаѓаат на лицата што учес т вуваат во постапката“ – член 6 став 2 Закон за кривичната постапка („Сл. Весник на Р. Македонија“ бр. 150 од 18.11.2010. година).

који је у ову одредбу унео новину,³⁸⁵ тако што је повезезао злоупотребу права учесника у кривичном поступку за одуговлачење поступка, на који начин је, неспретно, можда и несвесно, нехотице, поистоветио радњу извршења злоупотребе права учесника у кривичном поступку и (само) једну од њених процесних последица (циљева).

На овај начин, законодавац је у законима о кривичном поступку бивших југословенских република нормирао општу обавезу суда (у кривичном поступку Хрватске и других државних органа) да онемогући злоупотребе права која припадају учесницима у поступку.

1.2. Одредбе о злоупотреби процесних права у Законнику о кривичном поступку Републике Србије

Законик о кривичном поступку Републике Србије из 2011. године, дакле, познаје појам „злоупотреба процесних права“. Овај појам се у законнику директно, изричито помиње у шест чланова:

1) под насловом „Суђење у разумном року” наведено је: „Суд је дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка”;³⁸⁶

2) под насловом „Дужности браниоца”, наведено је да је бранилац дужан да, између осталог, „не злоупотреби права у циљу одуговлачења поступка”;³⁸⁷

3) под насловом „Разлози за разрешење браниоца“, наведено је да ће изабрани бранилац бити разрешен, између осталог, ако „му је пуномоћје поново дато након опозива или отказа пуномоћја, а до тога је очигледно дошло у циљу злоупотребе права“;³⁸⁸

4) под насловом „Права и дужности стручног саветника”, између осталог, наведено је: „Стручни саветник је дужан да пуномоћје без одлагања поднесе органу

³⁸⁵ Раније важећи Законик о кривичном поступку Савезне Републике Југославије („Сл. лист СРЈ“, бр. 70/2001 и 68/2002 и „Сл. гласник РС“, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон и 72/2009), који је престао да важи након ступања на снагу српског Законика о кривичном поступку из 2011. године, садржао је одредбу члана 16. став 1. у којој је наведено: „Суд је дужан да поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку“, другим речима, садржао је исту општу одредбу која се односи на злоупотребу процесних права као и кривичнопроцесни закони других бивших југословенских република, дакле, која није „везивала“ злоупотребу права за одуговлачење кривичног поступка.

³⁸⁶ Члан 14. став 1. Законика о кривичном поступку.

³⁸⁷ Члан 72. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку.

³⁸⁸ Члан 80. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

поступка, да странци пружи помоћ стручно, савесно и благовремено, да не злоупотребава своја права и да не одуговлачи поступак”;³⁸⁹

5) под насловом „Бележење радњи”, између осталог, наведено је: „Лицу које се саслушава, односно испитује може се дозволити да само казује одговоре у записник. У случају злоупотребе, ова могућност му се може ускратити”;³⁹⁰

б) најзад, под насловом „Садржај записника”, наведено је, између осталог: „Кад орган поступка оцени да је потребно или на захтев странака или браниоца, у записник ће се дословно унети питање које је постављено и одговор који је дат. У случају злоупотребе, ово право им се може ускратити”.³⁹¹

Језичким тумачењем цитираних одредаба Законика о кривичном поступку може се закључити да је законодавац у члановима 14. и 72. повезао појам „злоупотреба права у кривичном поступку“ искључиво са одуговлачењем поступка (наиме, суд је дужан да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка; бранилац је дужан да не злоупотреби права у циљу одуговлачења поступка).

Из формулације одредбе члана 14. може се закључити да је општа и да се односи на „... сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка“. Међутим, из овакве формулације не може се са сигурношћу утврдити да ли је овим законодавац мислио на сваки вид злоупотребе процесних права (браниоца, одбране) усмерен на одуговлачење поступка, или је имао на уму да злоупотреба права у кривичном поступку усмерена на одуговлачење поступка може да потиче не само од браниоца већ од сваког кривичнопроцесног учесника, осим суда, јер је суду стављено у дужност да овакве злоупотребе права спречи.

Слично је са чланом 80. који се такође односи на браниоца и одуговлачење поступка (јер члан 80. став 1. тачка 4. директно упућује на члан 14. став 1., дакле, нема сумње да је реч о злоупотреби права браниоца усмереној на одуговлачење поступка). Међутим, док је у претходно анализираним одредбама законика говори о циљу који се желео постићи злоупотребом, у члану 80. став 1. тачка 4. објашњен је конкретан начин, модел на који овај циљ може да се постигне, дакле, овде је речено да изабрани бранилац окривљеног (и окривљени) чине злоупотребу процесних права у кривичном поступку ако

³⁸⁹ Члан 126. став 3. Законика о кривичном поступку.

³⁹⁰ Члан 232. став 4. Законика о кривичном поступку.

³⁹¹ Члан 233. став 2. Законика о кривичном поступку.

је браниоцу након ранијег опозива или отказа пуномоћје поново дато у циљу одуговлачења поступка.³⁹²

У одредби члана 126. се, пак, прави очигледна разлика између појма „злоупотреба права у кривичном поступку“ и одуговлачења поступка, јер се из формулације овог члана може закључити да је злоупотреба права у кривичном поступку нешто различито од одуговлачења поступка (стручни саветник је дужан да не злоупотребљава своја права и да не одуговлачи поступак). Одредба је превентивног карактера и односи се само на одређеног учесника у поступку (стручног саветника). Дакле, у овој одредби законодавац је рекао две ствари: прво, постоји разлика између злоупотреба процесних права којима је циљ одуговлачење кривичног поступка и других процесних злоупотреба, друго, и други кривичнопроцесни учесници, а не само бранилац, могу да злоупотребе процесна права, тако, то може да учини и стручни саветник.

Најзад, у члановима 232. и 233. третирана је процесна ситуација сачињавања записника о извршеној службеној радњи. Одредбе су репресивног карактера. Овде су злоупотребе везане за право кривичнопроцесних учесника да непосредно казују одговоре на питања у записник, односно право странака или браниоца да захтевају да се у записник дословно унесе питање које је постављено и одговор који је дат. У случају да кривичнопроцесни учесници ова своја права злоупотребе, орган поступка може да их ускрати (одузме). Дакле, санкција за овакве злоупотребе у поступку је одузимање права. Међутим, ни у овим одредбама није објашњено на који начин кривичнопроцесни учесник може да злоупотреби своја права која има приликом сачињавања службеног записника, односно које су то процесне ситуације у којима се има сматрати да је извршена таква злоупотреба права. Посматрано системски остају без одговора питања: да ли су то оне радње које су усмерене на одуговлачење поступка (као у члановима 14. и 72.), или те радње могу да буду усмерене и на постизање других недозвољених процесних последица.

Законик о кривичном поступку садржи и друге одредбе за које се, посредно, може закључити да се односе на злоупотребе процесних права. Уз опаску да је српски Законик о кривичном поступку повезао злоупотребе процесних права са одуговлачењем поступка, треба поменути још две одредбе.

³⁹² Ова процесна злоупотреба не може да се изврши без активног учествовања окривљеног, јер он бира браниоца и поново му издаје пуномоћје. Чини нам се да је законодавац овде био несвестан чињенице да оваква кривичнопроцесна злоупотреба подразумева нужно учешће два извршиоца, окривљеног и браниоца (саизвршилаштво у злоупотреби).

Прва је превентивног карактера и налази се под рубрумом „Приговор због неправилности у току истраге“, гласи: „Осумњичени и његов бранилац могу одмах по сазнању, а најкасније до завршетка истраге, поднети приговор непосредно вишем јавном тужиоцу *због одуговлачења поступка и других неправилности у току истраге*. Непосредно виши јавни тужилац ће у року од осам дана од дана пријема приговора донети решење о одбијању или усвајању приговора. Против овог решења јавног тужиоца није дозвољена жалба ни приговор. Решењем којим усваја приговор јавни тужилац ће издати обавезно упутство надлежном јавном тужиоцу да отклони утврђене неправилности у току истраге. У случају да приговор буде одбијен, осумњичени и његов бранилац могу у року од осам дана по пријему решења [непосредно вишег јавног тужиоца] поднети притужбу судији за претходни поступак. Ако судија за претходни поступак оцени да је притужба основана, наложиће да се предузму мере за отклањање неправилности“.^{393, 394}

Уколико се сагласимо да се овде посредно говори о процесним злоупотребима јавног тужиоца у истрази, одредба је значајна као доказ да законодавац прихвата да су процесне злоупотребе могуће и од стране државних органа учесника у поступку, односно, од органа поступка.

Друга одредба је репресивног карактера, налази се под рубрумом „*Мере за спречавање одуговлачења поступка*“, у њој је наведено: „Браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка, веће ће изрећи *опомену*. О неблаговременом или неодговарајућем поступању јавног тужиоца или лица које га замењује, а којим се проузрокује одуговлачење поступка, председник већа ће известити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама. Председник већа обавестиће надлежну адвокатску комору о опомени изреченој адвокату због одуговлачења поступка, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама“.^{395, 396}

³⁹³ Члан 312. Законика о кривичном поступку.

³⁹⁴ Ова одредба је од стране теорије оцењена као извор, као подобна за процесне злоупотребе јавног тужиоца, јер не прописује никакву контролу рада јавног тужиоца у истрази од стране суда, нити прописује санкцију коју суд може да примени према јавном тужиоцу уколико утврди неправилности (читај: злоупотребе) у његовом поступању у истрази, посебно када је у питању заштита правних интереса одбране. Вид.: М. Škulić, G. Илић, *Како је пропала реформа? Шта да се ради?*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, АТС, Београд, 2012., 175-184

³⁹⁵ Члан 374. Законика о кривичном поступку.

³⁹⁶ Истоветну одредбу садржао је Законик о кривичном поступку из 2001. године (који је престао да важи доношењем актуелног ЗКП/2011), у чијем члану 218. је било прописано да суд може да у току поступка казни новчаном казном до 100.000 динара браниоца, пуномоћника или законског заступника, оштећеног,

Осим анализираних одредаба, које се изричито или посредно односе на злоупотребу процесних права, Законик о кривичном поступку садржи и друге одредбе које се индиректно односе на овај институт са аспекта превенције и санкционисања процесних злоупотреба.

Из овакве кратке анализе можемо да закључујемо: – актуелни српски Законик о кривичном поступку не садржи дефиницију појма „злоупотреба процесних права”; – одредбе закона које се изричито или посредно односе на овај појам су конфузне, неодређене, противречне и само оптерећују кривични поступак недоумицама.

1.3. Одредбе о злоупотреби процесних права у другим кривичнопроцесним законима

Међутим, српски Законик о кривичном поступку није изузетак по овом питању. Ниједан кривичнопроцесни закон држава које су раније чиниле бившу југословенску федерацију не садржи у себи одређење шта је злоупотреба процесних права у кривичном поступку.

Исто се може рећи и за кривичнопроцесне законе држава света.³⁹⁷ Највећи број закона о кривичном поступку држава континенталних правних система уопште не садржи изричите одредбе које се односе на процесне злоупотребе (принцип забране злоупотребе права учесника у поступку). Такви су, рецимо, Закон о кривичном поступку Савезне Републике Немачке (*Strafprozeßordnung, StPO*),^{398, 399} или, Закон о кривичном

оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца, ако су његови поступци очигледно управљени на одуговлачење кривичног поступка. О кажњавању адвоката, односно адвокатског приправника суд је дужан да обавести адвокатску комору. Ако јавни тужилац не подноси суду благовремено предлоге или предузима друге радње у поступку са великим закашњењем и тиме проузрокује одуговлачење поступка, суд ће о томе само обавестити непосредно вишег јавног тужиоца.

Нови Законик о кривичном поступку („Службени гласник РС” бр. 72/11) је по овом питању, нажалост, много блажи од ранијег. У члану 374. који се налази под насловом „Мере за спречавање одуговлачења поступка“ наведено је да ће суд браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка – изрећи опомену.

³⁹⁷ Уп.: „Прво, мора се констатовати да се дефиниција „злоупотребе поступка“ не може пронаћи у било ком нормативном тексту, јер бављење овим феноменом као пуком чињеницом, није регулисано од стране законодавца. Због тога се проблем мора сагледати кроз научну обраду, која је сазрела за то“. Вид.: L. Nicotra: *L'abuso del processo tra regole deontologiche ed esigenze di economia processuale*, Seminario interdisciplinare sul tema Etica, economia e diritto, Genova, 12 dicembre 2008.

³⁹⁸ Једина одредба StPO која се непосредно, изричито односи на злоупотребу права учесника у кривичном поступку је § 241 став 1 у којем је наведено: „Особи која у случајевима предвиђеним § 239 став 1 (који се односи на околност да на главном претресу председник већа препушта тужиоцу и браниоцу непосредно саслушање сведока и вештака које су одредили тужилаштво и оптужени) злоупотреби своје право на саслушање, то право може бити одузето од стране председника већа”.

³⁹⁹ „Dva puta se njemački kongres pravnika (1974. i 1994.) bavio tim pitanjem, drugi put je razmatrao čak uvođenje jednog općenitog načela zabrane zloupotrebe procesnih prava, što je plenum kongresa otklonio s neznom većinom glasova”. Vid.: D. Krapac, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Davora Krapca* na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu na temu: *Zloupotrebe procesnih*

поступку Републике Италије, затим, Закон о кривичном поступку Руске Федерације. Злоупотребу права у кривичном поступку, као законски институт, не познају ни кривичнопроцесни кодекси Републике Пољске,⁴⁰⁰ такође, кривичнопроцесни закон Чешке Републике.⁴⁰¹

Поред држава бивших република Југославије, један од ретких кривичнопроцесних закона који садржи одредбе о забрани злоупотребе процесних права је Законик о кривичном поступку Швајцарске.⁴⁰² У овом Законику о кривичном поступку, у члану 3., међу основним начелима под насловом „Поштовање људског достојанства и захтева правичности“ наведено је: (1) Кривични правосудни органи поштоваће достојанство лица против којих се води поступак у свим фазама поступка. (2) Они ће се нарочито придржавати: а) принципа савесности б) захтева да не злоупотребљавају права других; в) захтева да се сва лица укључена у поступак третирају подједнако и правично и да им се да право да буду саслушана; д) забране да, при узимању доказа, користе методе који крше људско достојанство“. Према одредби члана 398. Законика о кривичном поступку Швајцарске, злоупотреба дискреционих овлашћења у току кривичног поступка је жалбени разлог.⁴⁰³

ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku, Bilten br. 4, 132-134., elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

⁴⁰⁰ M. Warchoń, *Pojęcie „nadużycia prawa” w procesie karnym*, Prokuratura i Prawo 11, 2007., 48-67.

⁴⁰¹ Уп.: „Дакле, прво упознавање са процесним правом различитих земаља дозвољава да се направи закључак да свима њима није страна идеја о злоупотребама процесних права. И поред тога, ниједан од тих закона не садржи изричиту и јасну дефиницију појма злоупотреба процесних права. Све сада постојеће дефиниције су прилично нејасне: оне се тичу „опште процесне несавесности“, „кршења лојалности“, „недобре воље“, „незаконитог понашања“, „несавесних циљева“, итд. Понекад је реч о кршењу општих принципа или прихваћених стандарда тока поступка због чега је немогуће да се постигне правично суђење.

Штавише, у законодавству многих земаља јасно се разматра тенденција да се свесно искључи могућност дефинисања злоупотреба процесних права кроз коришћење правних појмова. Као резултат тога, садржај појма злоупотреба процесних права се открива кроз суштину појмова као што су „праведност“, „коректност“, а не кроз коришћење опште прихваћених правних термина.

Могуће да је ово повезано са тиме да се злоупотребе процесних права често поистовећују са праксом одуговлачења поступка, као и да се ова појава често посматра као облик деловања или понашања странака које ометају судски поступак. Оваква пракса такође може да се посматра и са становишта неповољних услова који се намећу другој страни, али она може да чини штету и самој својој страни, прелазећи у објективну препреку на путу ефикасног спровођења поступка. Може да се деси да се зато злоупотреба процесних права понекад дефинише као супротстављање интереса једне од странака која учествује у поступку праведном и објективном спровођењу правде“. Вид.: Н. А. Шебанова, *Злоупотребление процессуальными правами*, Арбитражная практика № 5/2002., 49.

⁴⁰² Swiss Criminal Procedure Code (Criminal Procedure Code, CrimPC) of 5 October 2007 (Status as of 1 October 2016).

Доступно на: https://www.unodc.org/.../swiss-criminal-procedure-code.../Switzerland_Criminal_Procedure.

⁴⁰³ Наслов „Жалбе“, Одељак 1. „Опште одредбе“, члан 398. „Дозвољеност и основи“: (1) Жалба је дозвољена против првостепених пресуда судова којима је поступак закључен у целини или делимично. (2) Апелациони суд може преиспитати пресуду свеобухватно о свим спорним питањима. (3) Жалбом може да се оспори: а. повреда закона, укључујући прекорачења и злоупотребе дискреционих овлашћења, ускраћивање права и неоправдано одуговлачење; б. непотпуна или нетачна процена околности случаја; ц. одлука која је неправедна. (4) Када су на главном претресу пред првостепеним судом разматрана само

Злоупотреба процесних права изричито се наводи у Законику о кривичном поступку Украјине,⁴⁰⁴ у чијем је члану 61. став 3. наведено да „не може бити бранилац лице које злоупотребом права спречава утврђивање истине у предмету, одуговлачи истрагу или суђење, као и лице које нарушава ред на претресу или не испуњава налоге председавајућег током суђења“.⁴⁰⁵

Од јужноамеричких држава општу забрану злоупотребе права у кривичном поступку садрже Законици о кривичном поступку Костарике (члан 127.), Мексика (члан 107.), Парагваја (члан 112.).

1.4. Правна теорија и судска пракса и злоупотребе процесних права у кривичном поступку

Судска пракса била је и остала потпуно уздржана од тога да у конкретном случају интервенише због процесне злоупотребе директно на основу принципа забране злоупотребе процесних права. Иако закони о кривичном поступку бивших република југословенске федерације већ деценијама (јер су настали у континуитету са ранијим југословенским законима о кривичном поступку) садрже одредбе које обавезују суд да „онемогући сваку злоупотребу права“ у поступку, у судској пракси тих држава тешко се

прекорачења, жалбом се само може тврдити да је та пресуда незаконита или је оцена околности очигледно нетачна или је заснована на повреди закона. Нови наводи и докази не могу бити поднети. (5) Ако је жалба ограничена на грађанску материју, првостепена пресуда ће бити поново размотрена само до границе дозвољене од стране грађанског процесног права важећег према месној надлежности.

⁴⁰⁴ Криминални процесуални кодекс Украјине, електронски извор, доступно на <http://naiaiu.kiev.ua/osvitamvs/index.php/kpk-ukrajini.html>, приступ 20.1.2018.

⁴⁰⁵ Ова одредба украјинског кривичнопроцесног закона критикована је у теорији као неодређена, као норма која омогућава суду да, на основу своје дискреције, без икаквог проблема удаљи из кривичног поступка сваког браниоца чије се поступање на одбрани оптуженог из било којег разлога не допада суду или тужиоцу. Вид.: Д. А. Казацкер, *Злоупотребления стороной своими правами в рамках уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты*, Журнал „Воронежский адвокат“ № 7, 2012 г.; такође, вид.: Л. Д. Калинкина, *К вопросу о злоупотреблении правами и их недобросовестном использовании в уголовном судопроизводстве*, Адвокат. 2010. N 4, 5-9.

могу наћи одлуке које на било који начин третирају процесне злоупотребе.^{406, 407} У теорији се сматра да постоје многобројни разлози за такво одсуство: херменеутички (питање правилног разликовања између злоупотребе процесног права и погрешне интерпретације правилне употребе права, односно процесне норме), психолошки (судије и адвокати се свакодневно срећу у послу, у многим случајевима између њих постоје и много чвршћи међусобни односи од колегијалних, те је судији, по правилу, често тешко да изрекне процесну казну адвокату као пуномоћнику или браниоцу).⁴⁰⁸

Чини се да је проблем одсуства судских одлука чији су предмет процесне злоупотребе садржан примарно у чињеници неразумевања од стране судија појма и садржине института „злоупотреба права у кривичном поступку“.⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ Ур.: „Nažalost, tu je preventivni učinak sankcijskog mehanizma preko kontrole zakonitosti u odlukama viših sudova sasvim izostao. Ne znam niti jednu sudsku odluku koja je ukinuta, a u kojoj je navedeno da je sudac (konačno, kao i drugi sudionici kaznenog postupka) prekršio zakon na način da je zloupotrebio pravo ili ovlast koja mu pripada po zakonu.

Naravno, ima veliki broj sudskih odluka u kojima je utvrđeno kršenje zakona od strane suca, ali, kao što je već više puta istaknuto, kršenje zakona nije sinonim za zloupotrabu prava.

Razloge za takvo stanje treba očigledno tražiti u objektivnim poteškoćama „prepoznavanja“ onog subjektivnog kod zloupotrage prava. To jeste važan razlog, ali on ne može biti opravdanje za izostanak bilo kakve reakcije u sankcioniranju radnji koje po svojoj pravnoj prirodi predstavljaju zloupotrabu prava u kaznenom postupku. Konačno, to je u suprotnosti sa samom definicijom kaznenog procesnog prava kao dio propisa kaznenog prava u širem smislu koji određuje pretpostavke za poduzimanje radnji u kaznenom postupku, ovlaštenje za njihovo poduzimanje, oblik radnji ali i pravne posljedice za slučaj povrede tih propisa“. Vid.: M. Sverdović, Autorizirano izlaganje Marijana Sverdovića, судије Вrhовног суда Републике Хрватске, на 75. Тrибини Правног факултета у Загребу и Клуба правника града Загреба одржаној 28.2.2002. на тему: *Zloupotrage procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 159., elektronski izvor, dostupno на <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

⁴⁰⁷ У току истраживања, тражећи одлике српских кривичних судова у којима се суд изричито позвао на процесне злоупотребе учесника у поступку, утврдили смо да је ово учињено у свега неколико одлука Округног, односно Вишег суда у Краљеву. Ове судске одлуке цитиране су у раду.

⁴⁰⁸ D. Krapac, Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Davora Krapca на 75. Тrибини Правног факултета у Загребу и Клуба правника града Загреба одржаној 28.2.2002. на тему: *Zloupotrage procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 134., elektronski izvor, dostupno на <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

⁴⁰⁹ У току рада на истраживању имали смо намеру да обавимо анкету којом смо обухватили већину српских јавних тужилаштава, судија судова и адвоката које се баве кривичном материјом. У том циљу на одговарајуће адресе достављен је анкетни лист који је садржао прелиминарно одређење кривичнопроцесне злоупотребе (види уводна излагања, наслов „хипотетички оквир истраживања“: „Злоупотребе процесних права у кривичном поступку јесу процесноправна чињења или нечињења (пропуштања) кривичнопроцесних субјеката која су законом дозвољена и уређена, али у конкретном случају њихова сврха, делимично или потпуно, није усмерена на решење кривичне ствари, већ на шиканирање других кривичнопроцесних субјеката, одуговлачење кривичног поступка или потпуно осујећење расветљења и решења кривичне ствари“) и молбу да се дају одговори на постављена питања у вези кривичнопроцесних злоупотреба.

Анкета није успела због врло слабог одзива анкетираних лица.

Ипак, од лица која су одговорила на упит добијени су занимљиви одговори. Тако, од председника Вишег суда у Ужицу добијен је допис Су VIII-65/14 од 30.4.2014. следеће садржине: „Поводом Вашег дописа који сте проследили овом суду у вези Вашег научног истраживања на тему „Злоупотребе процесних права у кривичном поступку“ обавештавамо Вас да су се судије у кривичном одељењу овог суда изјасниле да није било злоупотреба процесних права у кривичним поступцима по предметима у којима су поступали. С обзиром на напред наведено, анкетни упитници које сте нам доставили ради изјашњења судија нису попуњени, из којих разлога Вам исте не достављамо“.

Разлоге за ово треба пре свега тражити у чињеници да злоупотребе процесних права у кривичном поступку нису предмет изучавања на редовним студијама права у оквиру предмета кривично процесно право. Осим тога, са једне стране, постоји (већ утврђено, констатовано) потпуно одсуство било каквих нормативних упутстава у циљу појашњења, сазнавања одговора на питања шта је злоупотреба права у кривичном поступку, те како онемогућити злоупотребу процесног права, са друге стране, постоји разлика између предмета грађанског (*causa civilis*) и кривичног поступка (*causa criminalis*); српске судије које почну своју каријеру у кривичној најчешће дочекају пензију у тој материји („ортодоксни кривичари“), те постоји својеврсна одбојности таквих судија према институту чији општи појам потиче из области грађанског права („... јер, то је нешто чиме се баве „грађанци“...“).

Правна теорија кривичног процесног права нема јасан став о томе шта је злоупотреба процесних права у кривичном поступку. Тема је врло мало проучавана. Ставови изражени од стране малобројних аутора процесуалиста своде се, углавном, на паушалне описе појаве, коментарисање појединачних случајева из праксе.⁴¹⁰ У теорији кривичног поступка не постоји опште-прихваћено научно објашњење кривичнопроцесне злоупотребе, њена дефиниција, нити одређење њене правне природе.

Зато ћемо појам и карактеристике злоупотребе процесних права морати да утврдимо анализом одредаба Законика о кривичном поступку, са ослонцем на општу теорију злоупотребе права.

2. Кривичнопроцесни појмови слични или у вези са злоупотребом права

У овом делу рада полемисаћемо о процесним појмовима који нису у довољној мери издиференцирани, дефинисани, али имају додирних тачака са централном темом.

⁴¹⁰ Уп.: „Проблематика злоупотребе права се дуго и активно разматра у науци грађанског права. Ипак, „цивилисти“ нису успели да се договоре о многим важним карактеристика појма „злоупотреба права“. До сада у грађанско-правним наукама није јасно дефинисана суштина овог феномена, његове суштинске карактеристике, па чак ни прихватљивост употребе самог термина „злоупотреба права“. Наука кривичног поступка окреће се појму „злоупотреба права“ релативно недавно, а број научних радова на ову тему је релативно мали. Због тога, по свему судећи, не треба да чуди да научници који су посветили своје радове злоупотреби права у кривичном поступку до сада нису успели да постигну било какав сличан приступ дефинисању садржаја, битних карактеристика злоупотребе права и могуће реакције државе на одговарајуће понашање“. Вид.: Т. В. Трубникова, *Злоупотребление правом в уголовном процессе: критерии и пределы вмешательства со стороны государства*, Вестник Томского государственного университета. Право. 2015. №3 (17), 65-78.

Реч је о „процесној дисциплини“, „процесној тактици (стратегији)“, „процесној савесности“, најзад, нека нам не буде замерено, о „процесном незнању“ учесника у кривичном поступку.

2.1. Процесна дисциплина и забрана злоупотребе процесних права у кривичном поступку

Реч дисциплина потиче из латинског језика (л. *disciplina*) и значи: стега, ред, поредак, запт.⁴¹¹

Дисциплина се, како уопште, тако и у контексту процесне дисциплине, може дефинисати као подвргавање или самоподвргавање друштвеном реду и прописима, те као савесност у испуњавању дужности, што имплицира да недисциплина представља неподвргавање прописима, несавесност у испуњавању дужности.^{412, 413}

Из овога произилази да је процесна дисциплина⁴¹⁴ самоподвргавање или подвргавање процесних учесника процесном прописима и наредбама органа поступка које се односе на ред у поступку и савесност у испуњавању процесних дужности. Негативно одређење појма је да је процесна недисциплина неподвргавање процесним прописима и наредбама органа поступка које се односе на ред у поступку и несавесност у испуњавању процесних дужности.

Чини се да је овакво схватање процесне дисциплине прихваћено и од неких аутора из области кривичног поступка. Тако, А. Блануша злоупотребу процесних права у кривичном поступку посматра као облик процесне недисциплине, каже: „... када је реч о процесној дисциплини, треба имати у виду да се она не састоји увек у очигледном

⁴¹¹ М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, „Просвета“ Београд, 1970., 234.

⁴¹² А. Блануша, *Мере процесне дисциплине и нови Законик о кривичном поступку*, Билтен Врховног касационог суда бр. 2/2012, Београд, 138.

⁴¹³ D. Damjanović, *Mere procesne discipline toka glavnog pretresa i sprečavanja odugovlačenja postupka*, u: *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku, regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2015., 185.

⁴¹⁴ Процесна дисциплина није термин Законика о кривичном поступку. Међутим, јесте институт Закона о парничном поступку („Службени гласник Републике Србије“ број 72/2011.). Тако, у овом закону је под рубромом „Непоштовање процесне дисциплине“ наведено: суд ће у току поступка да казни новчаном казном од 10.000 до 150.000 динара физичко односно од 30.000 до 1.000.000 динара правно лице, које у поднеску вређа суд, странку или другог учесника у поступку. Новчаном казном из става 1. овог члана казниће се и странка и други учесници у поступку који своја процесна овлашћења користе противно циљу због којих су прописана (члан 186. Закона о парничном поступку). Такође, ако је због злоупотребе процесних овлашћења некој од странака нанета штета, суд ће оштећеној странци, на њен захтев да досуди накнаду штете. Ако странка истакне захтев за накнаду штете због злоупотребе процесних овлашћења, суд ће из разлога целисходности да одвоји поступак (члан 187. Закона о парничном поступку).

Из цитираних одредаба грађанскопроцесног закона могло би се закључити да се процесна дисциплина односи на законито поступање учесника у поступку по својим субјективним процесним правима и дужностима, без обзира да ли су права и дужности прописане процесним законом, или одлуком суда.

поступању противно одређеној норми или пак наредби суда (опет заснованој на одређеној правној норми) већ и у прикривеним и на први поглед коректним радњама учесника поступка, пре свега одбране у ситуацији када оцени да брзо окончање поступка у конкретном случају није у интересу окривљеног (или пак самог браниоца који на истом случају може да заради мали новчани износ или пак велики уколико поступак буде трајао дуго). У том случају под видом једне потпуно коректне радње, на коју одбрана има право по закону и која је са формалне стране посматрано уредна, крије се одређена злоупотреба процесних овлашћења и њихово коришћење у другом правцу, а не у ономе који је закон имао у виду када је право на ту радњу дао одбрани. Ова *злоупотреба права у поступку, као облик процесне недисциплине* (курзив М.Д.), може се учинити, пракса је показала, не само чињењем него у одређеним случајевима и нечињењем. Ту се мисли, нпр., на одуговлачење јавног тужиоца у подизању оптужнице по завршеној истрази, избегавање пријема позива или пресуде од стране окривљеног и др⁴¹⁵.

Овако схваћен, појам процесне дисциплине садржи у себи забрану злоупотребе процесних права, али је шири од ње јер обухвата и забрану кршења и злоупотребе процесних дужности.

Међутим, треба рећи да је појам „процесна дисциплина“ у теорији процесног права потпуно неодређен,⁴¹⁶ те да нема сагласности који елементи улазе у садржину овог појма.

2.2. Процесна тактика (стратегија) у кривичном поступку и кривичнопроцесне злоупотребе

⁴¹⁵ Александар Блануша, *op. cit.*, 141-142.

⁴¹⁶ „Osnovne odrednice reforme (...) pokušaj su da se ubrzanje postupka ostvari zaoštavanjem mjera kojima bi se u postupku trebala zaoštriti tzv. procesna disciplina, tj. da se suzbiju strategije koje se opisuju kao „zlouporabe procesnih ovlaštenja“. Iako su oba pojma – zlouporabe prava i procesna disciplina – kontroverzni, čini se da se velik dio promjena temelji na administrativnoj i paternalističkoj logici prema kojoj se problem odugovlačenja može uglavnom prevaliti na ponašanje stranaka, pa se stoga rješenje može naći u povećanju visine kazni koje bi u postupku mogao izricati sud ako ocijeni da je neka od radnji sudionika usmjerena na zavlacenje i blokiranje postupka“.

Vid.: A. Uzelac, *Vladavina prava i pravosudni sustav: sporost pravosuđa kao prepreka pridruživanju*, elektronski izvor, dostupno na http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A09Vladavina_prava.pdf, pristup 15.11.2017.

Изрази тактика⁴¹⁷ и стратегија⁴¹⁸ су термини који се користе за планирано етапно умешно, промишљено, рационано поступање ради постизања осмишљеног, жељеног циља, односно остварења жељеног интереса.

У правној теорији, али и у судској пракси постоји тенденција за изједначавањем значења термина „злоупотреба процесних права“, односно „процесна злоупотреба“, са једне стране, и „процесна тактика“ („стратегија“) са друге стране.

Тако, наводи се да у судској пракси постоје два различита приступа за оцену понашања која називамо злоупотребе процесних права. Први приступ се своди на то да се свако (било које) понашање лица у судском поступку сматра допустивим, јер учесници у поступку сами одређују на који начин најбоље могу да остваре своја права. Овај приступ се заснива на неправилном схватању принципа расправности и диспозитивности судског поступка. Поступање лица укључених у ове радње, као и њихових пуномоћника (бранилаца), маскира се називима „тактичко лукавство“ или „процесни трик“, који, сами по себи, не садрже негативан смисао. Међутим, принципи судског поступка, који људима пружају прилику да се такмиче једни са другима и да слободно користите своја процесна права, нису апсолутни и не подразумевају безграничност у вршењу права. Немогуће је признати да законито поступа субјекат који се не обраћа суду ради заштите својих стварно повређених или оспорних субјективних права, већ са циљем да нервира свог противника, или причини штету његовим имовинским правима захтевајући да суд према њему одреди привремене мере. Други приступ је негативна оцена злоупотребе права у судском поступку. Недостак јасних нормативних регулатива суштински отежава деловање против оваквих појава.⁴¹⁹

Према Б. Павишићу, различита средства процесне тактике у оквирима прописаних процесних радњи нису злоупотребе права, већ ваљан начин остваривања кривичнопроцесних радњи.⁴²⁰

⁴¹⁷ Тактика (грч. од *postavim, postrojim*) војнички: наука о употреби трупа пре, за време и после борбе, вештина вођења трупа; грана ратне вештине која се бави решавањем тактичких задатака на картама и терену; фигуративно: целисходно и одмерено поступање при раду или опхођењу, умешност. М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, „Просвета“ Београд, 1970, 929.

⁴¹⁸ Стратегија (грч. *strategia*) наука о вођењу војске, вештина ратовања; књига о вештини ратовања. Милан Вујаклија, *op.cit.*, 912.

⁴¹⁹ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами: трудности правоприменительной практики*, електронски извор, доступно на <http://www.lawmix.ru/comm/8859>, приступ 23.10.2014.

⁴²⁰ В. Павишић, *Коментар закона о казненом поступку*, Душевић & Кршовник d.o.o., Rijeka, 2011., 104.

Сличан став произилази из образложења многих одлука Европског суда за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) у којима се помиње „процесна стратегија“ одбране или оптужбе.⁴²¹

Овај приступ је исправан. Процесна тактика и процесна стратегија су, свака за себе и заједно, *план остваривања, вршења процесних права и дужности* у конкретној кривичној ствари, док је процесна злоупотреба неправо, незаконитост и, као таква, нема никакве везе са вршењем процесних права.

Процесна тактика (стратегија) је феномен који се налази у мисаоној сфери учесника у поступку. То су околности које планирају оптужени и његов бранилац, оштећени и његов пуномоћник о начинима на које ће вршити своја субјективна права и дужности у току поступка. Реализују се у току поступка у непосредном вршењу субјективних процесних права.

То је начин на који ће се извести докази, на који ће се употребити чињенице за које се сазнало из ових доказа, на који начин ће се ове чињенице тумачити, шта је „то“ што је у конкретној кривичној ствари најповољнија „последња“ (субјективна процесна) ситуација за одбрану, односно оптужбу.

Процесна тактика и процесна стратегија су легитимни кривичнопроцесни појмови и не треба их мешати са злоупотребом процесних права. Штавише, искључују се. Процесна тактика и стратегија су појмови који подразумевају законито испуњавање својих процесних дужности и законито вршење својих субјективних процесних права ради остварења законом заштићених интереса странака. Термини процесна тактика су легитимни процесни појмови везани за поступање сва три главна кривичнопроцесна субјекта.

⁴²¹ Види одлуку Европског суда за људска права у предмету *C G v. United Kingdom*, представка број 43373/98, 19. децембар 2001. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009., 151-152, у којој Суд каже у тачки 41. образложења: „Суд најпре примећује да, иако су докази које су изнели лице С. и сам подносилац представке, а током чијег изношења је дошло до мешања [судије] без сумње најважнији усмени докази изведени током главног претреса, они представљају само део поступка суђења, које је трајало три дана. Поред тога, иако је Апелациони суд установио да су неке од интервенција поступајућег судије биле неоправдане, за друге је утврђено да су биле оправдане. Иако Суд прихвата процену Апелационог суда да се заступник подносиоца представке осећао ометаним и збуњеним тим упадицама, ... заступник подносиоца представке није никада био спречаван да настави да користи стратегију одбране коју је покушавао да развије било током унакрсног испитивања или предлагањем сопствених сведока. Поред тога, Суд придаје значај чињеници да је заступнику подносиоца представке било омогућено да се обрати пороти у завршној изјави која је трајала 45 минута без прекидања, осим кратке упадице за коју је установљено да је била оправдана, и да је суштина одбране подносиоца представке била поновљена у завршној речи судије, додуше у веома скраћеном облику“.

Остваривање ових интереса злоупотребом процесних права није процесна тактика (стратегија), већ само злоупотреба права.

Тактизирање у поступку може се посматрати са аспекта чињеничног и са аспекта правног стања ствари. Са аспекта чињеничног стања правне ствари то могу бити следећи тактички „маневри“.

Пристојно провоцирање супротне стране. Метода је карактеристична за парнични поступак, и то за фазу сачињавања иницијалног акта (тужбе) у поступку у ситуацији када тужилачка страна нема у рукама све аргументе, чињенице, доказе за свој захтев и уопште за своју тезу, а зна да ове доказе поседује тужена страна. У таквој ситуацији, рачунајући на гордост, увредљивост тужене стране, а понајвише на њену импулсивост, те да се неће одмах обратити за стручну правну помоћ адвоката, тужилачка страна саставља тужбу уз што мање података битних за суштину ствари, уз истовремено пристојно алудирање на своју коректност, а на некоректност тужене стране, без навођења конкретних ситуација (нап., „...и поред тога што је тужилац у свему изашао у сусрет туженом, овај није на исти начин одговорио на тужиочеву добру веру да ова ствар не дође пред суд...“). Уколико тужени буде субјективно погођен оваквим пристојним провокацијама тужилачке стране, а пре тога се не обрати за стручну помоћ адвоката, већ сам да одговор на тужбу, често се дешава да у стању „афекта“ изнесе у одговору на тужиочев захтев податке, чињенице, доказе („... није тако како тужилац тврди... постоји пресуда суда којом је одлучено...“) и пружи у одговору управо чињенице и наводе који су тужиоцу били неопходни, а није их имао.

Ова тактичка метода није уобичајна за кривични поступак, јер у њему нема одговора на тужбу (постоји одговор на оптужницу), односно јавну тужбу од стране оптуженог, осим тога овом тактичком методом провоцирају се људске слабости, мане карактера (гордост, комплекс више вредности) које се не очекују од професионалних носилаца функција у кривичном поступку.

Дозирано презентовање доказа пред суд. У кривичном поступку то се најчешће огледа у спречавању „доказних изненађења“ противне стране. Нпр., оптужени, чија је одбрана по одредбама Законика о кривичном поступку први доказ који ће суд извести на главном претресу, изјави да не жели да даје одбрану и да ће се у тој фази главног претреса бранити ћутањем, све док тужилац не презентира све своје доказе. Ово се догађа у ситуацијама кад оптужени не зна потпуну садржину доказа оптужбе, или очекује да ће тужилац у току главног претреса предложити још неки, нови доказ који није предложио у оптужници.

Дакле, дозирано изношење доказа пред суд није злоупотреба процесних права, већ ствар процесне тактике.^{422, 423, 424}

422 Уп.: „За крај још неколико закључака о праву на подношење захтева за изношењем доказа. Већ дуго важи за посебно склоно злоупотреби то што чланови 244-246 Закона о кривичном поступку [Немачке] омогућавају оптуженом да проведе „програм“ на главном претресу, без да воља суда то омогућава. Ко жели, осуђује се и може, те не осећа одговорност према критеријуму „функционалности кривичног поступка“, може коришћењем форме права на подношење захтева за изношење доказа начинити огромну штету. Не може се озбиљно порећи да се ово, у зависности од екстремности и од случаја до случаја, већ не догађа. Не верујем да неко од присутних кривичних бранилаца може одговорно тврдити да није никада поднео захтев који би се могао окарактерисати као злоупотребљив, дакле изношење доказа са циљем да се остваре тактички циљеви у поступку. Сваки искусан кривични бранилац познаје ову могућност и понекад за њом и посегне, и да та способност с правом не треба да се сматра слабошћу, већ знаком снаге, искуства и способности истицања једног кривичног браниоца, остаје укљештено између морала и стварности као велики празан простор, који се не може ни јасно формулисати, а камоли посматрати као екстремни случај. Ко је икада чуо за „пустоловне приче“ са фронтова кривичних бранилаца, може се само чудити отужности са којом се правне оптужнице срозавају. У том смислу овде не вреди другачије него у смислу правде: мера за одбијање чињеничних пристрасности у свакодневном раду можда се и може назрети, али се не може установити нити се поменуто може спречити. Са овом и другим могућностима злоупотребе се мора живети и поставити правила за спречавање њеног наступања. То је различито од онога што језичка употреба сугерише, не треба спречавати да се створе услови за изузетан, најтежи или очекивани случај злоупотребе, већ за онај који је замислив, реалан и који има исто такво деловање на конкретан кривични поступак“. Вид.: T. Fischer, *Konfliktverteidigung, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht*, StV 8/2010, 30 Jahre Strafverteidiger, 423-428.

⁴²³ Уп.: „Правни основ је очигледан: члан 246 став 1 Закона о кривичном поступку [Немачке] осигурава право учесника у поступку да поднесу захтеве за изношење доказа све до момента изношења пресуде. Одбацивање због кашњења не долази у обзир. Према томе, бранилац може страховати за одбацивање свог захтева, према члану 244 став 3 Закона о кривичном поступку [Немачке] када се сумња да се ради о циљаном пролонгирању поступка. Овде је надаље услов да је браниоц свестан обе околности. Да је немогуће знати шта неко други мисли, само постављање оваквог услова доноси тешкоће. Без директне и објективне корелације, која обично и недостаје, суд је препуштен процени целокупног одвијања поступка кроз понашање браниоца, уколико жели да му припише горе наведено.

Од 1. Већа, а са одобрењем Уставног суда, описани излас постоји у заобилажењу члана 246 став 1 Закона о кривичном поступку [Немачке]. Суд налаже рок за подношење захтева за изношење доказа, чије прекорачење не води нужно до одбацивања, али је индиција за намеру одуговлачење поступка и као таква може бити окарактерисана. Постављање рока и индиција на намеру одуговлачења поступка подесећа на злоупотребу из члана 42 Закона о порезу [Немачке]. Законодавцу је препуштена слобода да поставља критеријуме за приписивање намере о одуговлачењу поступка, што је и Hassemer на исти начин обрадио у контексту дебате о злоупотреби. Према члану 246, ставу 1, Закона о кривичном поступку [Немачке]: провокација индиција, које имају као последицу фактичко укидање норме. Уставни суд је у одлуци о неприхватању од 6.10.2009. године, која је пристигла са Савезног суда, препознао проблематику заобилажења члана 246, став 1 Закона о кривичном поступку [Немачке] и нагласио потребу за осигурање од одбијања захтева за изношење доказа, и то са фокусом на последице. Образложење садржи трагове дозволе да бранилац и његов клијент аутономно донесу одлуку о времену подношења захтева. Уставни суд је изнео: „Метода Савезног суда не представља фактичко заобилажење члана 246 став 1 Закона о кривичном поступку [Немачке]. Ово забрањује одбацивање захтева за изношење доказа из разлога што је исти поднесен прекасно. Овде лежи наредба да се материјална истина истражи и установи. Према овој одредби, учесницима у поступку не може бити прописано када морају поднети захтев за изношење доказа“. Вид.: S. Thomas, *„Konfliktverteidigung“, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht*, StV 8/2010, 30 Jahre Strafverteidiger, 428-432.

⁴²⁴ У парничном поступку, и поред обавезе да се сви докази најаве, предложе на припремном рочишту, странка свесно не износи све материјалне доказе које има, већ препушта супротној страни да спорне чињенице доказује сведоцима за које претпоставља да ће бити ангажовани на њеној страни; када ови сведоци буду саслушани пред судом, странка презентује суду своје перфектне материјалне доказе који су директне природе (директно доказују спорну чињеницу) и тиме у потпуности дискредитује персоналне доказе и тезу противне стране.

Са аспекта правне поставке правне ствари процесна тактика може да се испољи у следећем.

Неуказивање супротној страни на правне недостатке и пропусте захтева. Из разлога које ћемо разматрати у даљем тексту, а тичу се професионалних учесника у судском поступку (види ниже у тексту: „правна неписменост“) дешава се да су иницијални акти којима се странке обраћају суду правно неперфектни, како по форми, тако и по садржини. У највећем броју случајева суд би требао да уочи ове недостатке и врати оптужницу јавном тужиоцу на уређење. Међутим, дешава се да иницијални акт прође контролу суда, а да се недостаци не уоче. Осим тога, поставља се основано питање у којој мери кривични суд треба да поучи било коју страну (мислимо на професионалне актере поступака) да треба да исправе ове мане, јер се тиме ставља на страну једне од странака у спору.

У таквој ситуацији може да се деси да иницијални акт тужиоца правно није перфектан, а да ову околност не уочи ни суд. Супротна страна неистицањем ове неправилности, мане, недостатка може ово да искористи у току поступка у своју корист, или да је чува као „резервни“ аргумент за жалбени поступак.

У кривичном поступку ово је карактеристично за оптужења за кривична дела са бланкетном нормом. Реч је о кривичним делима чије се биће позива на норму другог, а не кривичног закона (кривична дела која се тичу неправилности у привредном пословању, кривична дела против безбедности јавног саобраћаја). Када конципира овакву оптужницу јавни тужилац у чињеничним наводима оптужнице мора да се позове на конкретну одредбу другог закона коју није испоштовао, односно коју је прекршио окривљени, те је извршио кривично дело. Уколико у оптужници оваквог позивања, односно навођења конкретне правне норме, нема – дело које је описано у оптужници, за које је окривљени оптужен, по закону није кривично дело. Дешава се, истина не тако често, да јавни тужилац не наведе конкретну правну норму објективног права коју је повредио извршилац кривичног дела са бланкетном нормом, а да му на ово нико у току поступка не скрене пажњу (суд, јер нема право да се ставља на тужилачку страну, бранилац, јер да зна да не треба да учи тужиоца оно што би сам тужилац морао да зна, а што шкоди окривљеном). У таквој ситуацији суд може да донесе једино ослобађајућу пресуду, јер дело које је оптуженом стављено на терет по закону није кривично дело.⁴²⁵

⁴²⁵ Члан 423. тачка 1. Законика о кривичном поступку.

Неуказивање на правне недостатке и пропусте процесних радњи суда. У литератури је спорно да ли је одбрана дужна да у току поступка укаже, скрене пажњу суду на уочене правне недостатке процесних радњи самог суда.⁴²⁶

Постоје мишљења да је противно понашање – пропуштање одбране да правовремено укаже суду на уочене недостатке процесних радњи суда, да би се касније овај пропуст искористио као жалбени разлог, укинула пресуда и поступак компромитовао претераним трајањем, евентуалним наступањем застаре и великим материјалним трошковима – злоупотреба права на одбрану.

Ми не делимо ово мишљење из простог разлога што окривљени, ван свог законитог поступања по својим процесним правима и дужностима, није дужан да сарађује ни са супротном страном, ни са судом, а свакако не постоји његова процесна обавеза да поучава суд о нормама објективног права, односно о процесним претпоставкама које морају да буду испоштоване од стране суда да би се задовољила форма процесних радњи суда.

Таква евентуална обавеза оптуженог (одбране) била би једнака његовој обавези да се сам оптужује, али са правног аспекта поступка, односно, била би противна максими *nemo tenetur se ipsum detegere*.

Најзад, од окривљеног се не може очекивати да активно доприноси убрзању поступка који се може завршити његовом осудом за кривично дело, нити му се може пребацити ако у највећој мери користи разне процесне могућности ради вршења своје одбране. Не мења на ствари то што су у конкретном случају ове процесне могућности окривљеном омогућили суд и/или супротна страна својим кршењем правила поступка, злоупотребама процесних права или, једноставно, незнањем, све док одбрана ове могућности користи на законит начин.

⁴²⁶ Тако, на главном претресу одржаном 16.5.2014. године пред другостепеним судом у предмету Вишег суда у Краљеву Кж. 147/14 бранилац оптуженог В.К., адвокат С.Н., изјавио је: „Сматрам да је требало поново позвати оштећеног и саслушати га, с обзиром на његове контрадикторне изјаве у току поступка. Поред тога, доводим у питање и суђење у одсуству оптуженог, с обзиром да се оптужени налази на издржавању казне затвора у Фочи, тако да је доступан државним органима и раније је примао позив преко суда у Фочи, о чему прилажем фотокопију записника састављеног 22.7.2013. године пред Основним судом у Фочи, где оптужени потврђује да је примио позив. *Раније је од стране основног суда донето решење о суђењу у одсуству и ја се на то решење, као бранилац оптуженог, нисам жалио јер сам сматрао да је то један пропуст суда који ћу користити када ми буде требало* (курзив: М.Д.), па овом приликом истичем да је предлог тужиоца за суђење у одсуству, заснован на разлозима из члана 381. који говоре о томе да се суђење у одсуству може одредити ако за то постоје нарочито оправдани разлози, а у решењу се као нарочити разлози за суђење у одсуству наводе околности да прети застарелост кривичног гоњења, што апсолутно не може бити основ за доношење одлуке за суђење у одсуству, код чињенице да је оптужени чак примио позив за претрес“. Види записник о главном претресу пред другостепеним судом Вишег суда у Краљеву Кж. 147/14 од 16.5.2014. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

Максима „незнање не оправдава“ важи и за процесно поступање суда.

Са друге стране посматрано, за оваква пропуштања одбране не постоје санкције предвиђене Закоником о кривичном поступку.

Пропуштања одбране да укаже на недостатке процесних радњи суда и супротне стране, које није ни процесни прекршај, нити процесна злоупотреба, могло би се убројати у тактичко поступање одбране у току поступка.

2.3. Процесна савесност и принцип забране злоупотребе процесних права у кривичном поступку

Процесна савесност није термин кривичног поступка. Међутим, јесте појам парничног поступка. У Закону о парничном поступку наведено је: странке су дужне да *савесно* користе права која су им призната овим законом; суд је дужан да спречи и казни сваку злоупотребу права које имају странке у поступку.⁴²⁷

Условно и упрошћено говорећи, општеприхваћен концепт злоупотребе процесних права у парничном поступку (ако уопште можемо да говоримо о општеприхваћеном појму злоупотребе процесних права) заснован је на противности процесне радње учесника у поступку принципу (објективне) процесне савесности и поштења.

Уколико оставимо по страни Римско право, посматрано са становишта савремених процесних кодекса, принцип процесне савесности у парничном поступку има своје порекло из немачке процесноправне традиције. Он је резултат, по нашем мишљењу некритичног, преузимања принципа савесности и поштења из материјалног грађанског, тачније, облигационог, још уже уговорног права, где се појављује као примарни, врхунски принцип који веже учеснике у (облигационом) правном односу. Већ смо навели да је у немачком грађанском законнику (BGB) прописано у § 242 (*Treu und Glauben*) да је дужник обавезан да чинидбу изврши онако како то захтева савесност и поштење с обзиром на добре обичаје. Кажемо: *некритичног преузимања принципа из једног правног односа у други*, из једноставног разлога што су намена и циљеви ова два односа потпуно различити: облигациони однос је правни однос у којем су правни интереси учесника у односу усмерени у правцу постизања обостране користи, док су интереси учесника у судском поступку дијаметрално супротстављени.

⁴²⁷ Члан 9. Закона о парничном поступку, „Службени гласник Републике Србије“ број 72/2011, 49/2013 – ОУС, 74/2013 – ОУС, 55/2014.

Принцип је прихваћен у немачком грађанском поступку, а из њега у све грађанскопроцесне законе земаља које се наслањају на немачку правну традицију.⁴²⁸

Дакле, у грађанскопроцесном односу странке су дужне да савесно користе права која су им призната процесним законом. Уколико их врше несавесно, чине злоупотребу грађанских процесних права.⁴²⁹ Злоупотреба грађанских процесних права је један од видова несавесног понашања у поступку. Злоупотреба грађанског процесног права представља прелазак граница права под утицајем субјективних интереса и ставља се насупрот добре савести и морала.⁴³⁰ Процесна права дата у поступку служе једном основном циљу – законитој, једнакој и правичној правној заштити. Савесно коришћење права у двостраначки организованом поступку није само у интересу противне странке него је, такође, интерес саме странке која те радње предузима. Једино под овим условом она може да рачуна на исто такво држање противника. У процесним системима у којима поступак остваривања правне заштите редовно претпоставља спор о постојању одређених права и његовој повреди, па се зато и покреће поступак пред туђим, за исход спора незаинтересованим субјектом, очекује се поштено парничење.⁴³¹

Међутим, поставља се основано питање: шта је процесна савесност?

Т. П. Подшивалов одређује процесну несавесност као одступање учесника у судском поступку од уобичајених, прихваћених, општих стандарда понашања. При злоупотребама процесних права које су извршене радњама присутна је извештаченост

⁴²⁸ Ур.: „Ја такође радим на Катедри за грађанско процесно право и бавим се грађанским поступком, додуше поглавито теоријски. Не могу се свакако похвалити са практичним искуством које имају неки међу вама. Међутим, након неких прича о томе како то практично искуство изгледа, осјећам све мање nostalgije за тим практичним искуством. Зато бих се оvdje желио усмјерити на једно теоријско питање везано уз моделе парничног поступка који би омогућили да се процесна права странака у поступку не злораве на онај начин на који је то било zamišljeno у концепцији овога предавања. I упutio бих да постоји један повјесно компаративни примјер поступка који је zamišljen као поступак који је непосредан, који је концентран, који би се у начело требао провести на једном рочишту, који би требао бити једноставан, мање-више неформалан, јефтин и који би требао омогућити забрану злораве процесних овлаштенја. То је, колегице и колеге, аустријски *Zivilprozessordnung* из 1895. године.

А наш садашњи ZPP је његов изравни наслједник. Ово напомињем само због тога што је само пред неколико дана из самих врхова правосудне хијерархије било између осталогa казано да је један од основних проблема у нашој пракси (у што се убраја свакако и злороба овлаштенја или онога што се tendira сматрати овлаштенјима) у томе што имамo стари закон који произлази још из Аустро-Угарске”. А. Узелас, *Ауторизирано излагање проф. др. sc. Алана Узелца* на 76. Тринаестом Правног факултета у Загребу и Клуба правника града Загреба одржаној 19.3.2002. у Загребу на тему: *Злоупотреба у грађанском поступку*, Билтен бр. 5, 179-209., електронски извор, доступно на <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, приступ 7.5.2015.

⁴²⁹ „Као својеврсно наличје начела савесног коришћења процесних овлашћења постоји обавеза суда да осујети, спречи сваку злоупотребу права у поступку. У првом случају, код начела савесног коришћења процесних права, адресант је странка, у другом случају то је суд“. Вид.: Р. Кеча, *Грађанско процесно право*, шесто издање, Приручници за полагање правосудног испита, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2012., 152-153.

⁴³⁰ Т. П. Подшивалов, *Запрет злоупотребления процессуальными правами в арбитражном процессе*, Российская юстиция, 2014. № 9, 17-20.

⁴³¹ Р. Кеча, *Ibid.*

(неприродност), која нема никакве везе са стварним основом спора и чињеницама. Принцип савесности се састоји у томе да лица која учествују у поступку нису обавезна само да поштују закон, већ и да тако ревносно врше своја права, како је то иначе прихваћено у пракси, односно, да делују „као сви“ (добра савест – савест = одговарајуће понашање – знање тога што знају сви; што је свима схватљиво; понашати се као сви други).⁴³²

А. В. Юдин посматра процесну савесност са позитивног и са негативног аспекта. У позитивном смислу процесна савесност означава укупност критеријума којима мора да одговара понашање учесника у поступку. Услов савесности се открива кроз категорије „лојалност“, „поштење“, „праведност“ и „коректност“. Одлучујући фактор у процени савесности лица је субјективни фактор, који одражава унутрашњи однос лица према сопственом понашању. Процесна савесност претпоставља савршено понашање лица са тачке гледишта моралних норми, које су органски повезане са законским нормама. Савесност је јединство позитивних мисли и тежњи лица са његовим понашањем у поступку. Понашање лица које хоће на частан начин да заштити своја стварна материјална права, без прибегавања процесним триковима, сведочи о његовом савесном понашању у поступку. Претпоставља се да свако лице поступа савесно све док суд не утврди у његовим процесним радњама (нечињењима) присуство елемената злоупотребе права. У негативном смислу процесна савесност значи забрану процесне несавесности у виду злоупотребе субјективних процесних права. Као савесно се сматра понашање које не нарушава интересе правосуђа и не крши субјективна процесна права других учесника у поступку.⁴³³

⁴³² Т. П. Подшивалов, *Ibid.*

⁴³³ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 42-44.

Изнета мишљења теорије грађанског процесног права само нас уверавају да је појам процесне савесности учесника у судском поступку крајње неодређен, произвољан концепт, без јасне дефиниције, обима и граница.^{434, 435}

Под утицајем грађанскопроцесне теорије поједини теоретичари кривичног поступка заступају став да у кривичном поступку за поступања учесника у поступку (процесне радње) важи *принцип лојалности и поштења*. Тако, по мишљењу Т. Васиљевића странке и њихови заступници су дужни да користе овлашћења која им даје кривичнопроцесни закон исправно и поштено, у оном циљу у коме су овлашћења установљена. Вршење процесних активности, поред тога што треба да буде формално сагласно закону, треба и суштински да буде без злоупотреба (начело лојалности и поштења учесника поступка). То начело извире из одредаба Законика о кривичном поступку, без обзира што у Законнику није формално и изрично проглашено. Злоупотреба права странака настаје због тога што се објективни циљеви поступка и субјективни циљеви странака у поступку не слажу. Суд тежи правилној пресуди, каквој би требало да тежи и јавни тужилац. Остали тужиоци и окривљени теже пресуди која је за њих повољна, без обзира да ли је правилна. Обавеза исправног и поштењег поступања постоји и за јавног тужиоца, а закон прописује извесне дужности јавног тужиоца које управо потичу из овог принципа, као што су дужност прибирања доказа у корист окривљеног, изјава правног лека у корист окривљеног и сл. Обавезу исправног држања имају сви државни органи (забрана капциозних и сугестивних питања, једнако спровођење доказа у корист и на штету окривљеног и сл.). У погледу окривљеног принцип трпи једно ограничење које не значи његово укидање. По начелу да странка није обавезна да ради против себе, окривљени има право да у поступку ћути и право да пориче кривицу и онда кад је кривица очигледна.⁴³⁶

⁴³⁴ „Исто процесно држање у две различите парнице може да има сасвим различит смисао. У једној парници, на пример, подносилац жалбе изјављује правни лек зато што је искрено убеђен у незаконитост побијане пресуде, док у другој то чини само са идејом да тако продужи трајање поступка и одложи наступање правноснажности. У оба случаја поступаће се по правном леку, јер странка на њега има право. Адвокат сам може да води своју парницу, али се не може спречити да за вођење поступка ангажује другог адвоката у својству пуномоћника. Наведени примери показују сву порозност овог начела јер не постоји ниједан објективан коректив којим би се странке приморале на наведени вид поступања. Могло би се рећи да је значај начела више дидактичан него реално остварив, да је оно више усмерено на подизање опште правне културе, а мање да би се одредило конкретно понашање странке у поступку“. Вид.: Р. Кеча, *Ibid.*

⁴³⁵ I. H. Ampuero, *No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración*, Revista de Derecho, Vol. XXI - Nº 2 - Diciembre 2008., 151-182. elektronski izvor, dostupno na: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200007, pristup 19.10.2014.

⁴³⁶ T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Zavod za izdavanje udžbenika, Beograd, 1964., 255-256.

Ми бисмо рекли да, уколико правило поступања учесника у поступку не важи за једну категорију учесника (окривљеног), а важи за остале категорије (тужиоца, суд, оштећеног) – онда то правило није процесни принцип.

На сличан начин размишља и М. Симовић, који *принцип лојалности и поштења учесника у кривичном поступку и сузбијања злоупотребе њихових процесних права* убраја у принципе *форме процесне радње*. Према мишљењу аутора, принцип лојалности и поштења учесника у поступку значи да су странке и њихови заступници дужни да у вршењу својих процесних активности поступају не само исправно, у складу са законом, него и поштено, без злоупотреба. Без обзира на то што, саобразно својим посебним интересима, могу имати и своје посебне циљеве који се не слажу са циљем поступка, странке и други учесници, укључујући и осумњиченог, односно оптуженог, *морају бити лојални према поступку*. Осумњичени, односно оптужени може да ћути и даје неистинит исказ, али не може да ради на штету поступка, уништавајући доказе, не одазивајући се на позив и сл. Основ овог принципа налази се у члану 14 став 2 Закона о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине, у коме је формулисано да је суд дужан да онемогући сваку злоупотребу права која припадају лицима која учествују у поступку.⁴³⁷

438

Руска теорија кривичног поступка врви од радова у којима се кршење *принципа процесне савесности учесника у кривичном поступку* разматра као основни извор кривичнопроцесних злоупотреба.⁴³⁹

⁴³⁷ М. Simović, *Krivično procesno pravo*, Uvod i opšti dio, Drugo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću, Bihać, 2009., 271.

⁴³⁸ Не можемо да се сложимо са овим ставом проф. Миодрага Симовића.

Закон о кривичном поступку Федерације Босне и Херцеговине у члану 14. став 2. садржи сличну одредбу као и Законик о кривичном поступку републике Србије у члану 14. став 1., наиме, да је суд дужан да онемогући сваку злоупотребу права у поступку. Међутим, ми из ове одредбе не можемо да изведемо закључак да је законодавац њоме прописао *принцип лојалности и поштења учесника у кривичном поступку*. Оно што јесте извесно је да на нивоу правног поретка постоји принцип забране злоупотребе права, да се ова забрана односи на све правне односе, самим тим и на кривичнопроцесне. Одредба члана 14. кривичнопроцесног закона Србије, али и Федерације Босне и Херцеговине само је конкретизација у кривичном поступку оштег принципа забране злоупотребе права на нивоу правног поретка.

Сматрамо да је дискутабилно овакво непосредно и некритично преузимање принципа парничног у кривични поступак. Тим пре што је *принцип лојалности и поштења учесника у парничном поступку*, или *принцип савесности учесника у парничном поступку*, како га неки аутори називају, споран и *није опште прихваћен* од стране теорије парничног поступка.

⁴³⁹ Вид.: С. А. Гордейчик, *Злоупотребление правом на защиту*, Законность 2006 № 12, 6-Я; такође А. А. Данилевич, О. В. Петрова, *Обеспечение добросовестного использования прав участниками уголовного процесса*, Право и демократия: сб. научн. тр./ редкол.: В. Н. Бибило (гл. ред.) [и др.] – Мн.: БГУ, 2008. – Вып. 19., 256-270.; такође Т. В. Якушева, *Злоупотребление процессуальными правами в судебном следствии*, Известия Алтайского государственного университета, Выпуск № 2-1 (70) /2011., 123-126.; такође Т. В. Трубникова, *Злоупотребление правом в уголовном процессе: критерии и пределы вмешательства со стороны государства*, Вестник Томского государственного университета. Право. 2015. №3 (17), 65-78.; такође Д. А. Казацкер, *Злоупотребления стороной своими правами в рамках*

Став аутора јесте да се не слажемо са изнетим мишљењима. Не верујемо у принцип лојалности и поштења учесника у кривичном поступку. Сматрамо да овај принцип (принцип процесне савесности, принцип лојалности и поштења) не постоји у кривичном поступку.⁴⁴⁰ Штавише, не верујемо у принцип савесности примењен на процесноправне односе уопште! Принцип процесне савесности је, опет, потпуно неодређен правни стандард.

*Пројекција овог принципа на процесноправне, посебно кривичнопроцесне односе своди, по нашем мишљењу, злоупотребе процесних права на искључиво моралну, а не правну категорију.*⁴⁴¹

2.4. Негативне појаве у кривичном поступку које нису злоупотреба права

2.4.1. Потпуна незаинтересованост органа поступка за поступање у конкретної кривичної ствари

Из праксе бележимо пример потпуног занемаривања од стране државних органа својих права и обавеза у кривичном поступку.

уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты, Журнал „Воронежский адвокат“ № 7, 2012 г.; такође Я. С. Чуприна, *Принцип недопустимости злоупотреблением правом в условиях изменений уголовного законодательства в Российской Федерации*, Уголовно-правовая защита прав и свобод личности: материалы Международной научной конференции, посвященной 85-летию со дня рождения Заслуженного деятеля науки Российской Федерации А. Н. Игнатова. Москва, 10 октября 2013 г., 328-333.; такође О. В. Желева, *Понятие и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, Вестник Томского государственного университета 2015. № 396. Июль., 116-121.; такође Л. Д. Калинкина, *К вопросу о злоупотреблении правами и их недобросовестном использовании в уголовном судопроизводстве*, Адвокат. 2010. № 4., 5-9.; такође А. Н. Игнатъев, *Ознакомление стороны защиты с материалами уголовного дела: как гарантировать реализацию права и пресечь злоупотребления?*, Журнал Адвокатская практика №5 – 2012.; такође А. И. Сорокин, *Процессуальный стоппел*, Международный научно-исследовательский журнал, Выпуск № 7-3 (38) /2015, Екатеринбург 2015., 137-138.; такође О. А. Зеленина, *Процессуальная ответственность в уголовном судопроизводстве: содержание и реализация*, Журнал российского права, 2012. № 5., 67-75.; такође Д. А. Липинский, *Проблемы совершенствования процессуальной ответственности*, Право и политика № 11., 37-43.

⁴⁴⁰ Српски кривичнопроцесни закон из 2011. године не садржи принцип савесног коришћења кривичнопроцесних овлашћења, односно, овај принцип се не може извести широким тумачењем члана 14. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁴⁴¹ Уп.: „Научници, који аргументују противправну природу злоупотребе права у кривичном поступку указују да је забрана злоупотребе права општи правни принцип који се односи на све гране права, укључујући и кривично процесно право. Они указују на члан 17. став 3. Устава Руске Федерације, према коме, како је већ наведено, „остваривање права и слобода човека и грађанина не сме да крши права и слободу других“. Међутим, у оквирима кривичног поступка, који је јавног карактера, где је друга страна по правилу представљена службеником који врши јавну власт, грађанскоправни критеријуми несавесности учесника у поступку су неприхватљиви. Захтеви члана 17. став 3. Устава Руске Федерације могу се проширити на кривичнопроцесне односе само у том смислу да и осумњичени (оптужени) и жртва треба да буду равноправни као стране. У овом случају, осумњиченом (оптуженом или окривљеном) је дозвољен велики број могућности, које нису доступне жртва, опет, за разлику од овог другог, он се подвргава кривичној истраји и три процесну принуду“. Т. В. Якушева, *Злоупотребление процессуальными правами в судебном следствии*, Известия Алтайского государственного университета, Выпуск № 2-1 (70) /2011., 123-126.

У току 1999. године, након отпочињања НАТО агресије на Републику Србију, државне институције Србије измештене су са територије покрајине Косово и Метохија у градове централне Србије. Окружни суд у Косовској Митровици је био измештен у просторије Окружног суда у Краљеву. Судијама Окружног суда у Косовској Митровици је у Окружном суду у Краљеву уступљен одговарајући простор, канцеларије, суднице. Судије Окружног суда у Косовској Митровици су се старале о својим предметима, заказивале рочишта у њима, дакле, функцију судија Окружног суда у Косовској Митровици обављале су у просторијама Окружног суда у Краљеву.

Судије Окружног суда у Косовској Митровици, односно, тај суд био је у згради Окружног суда у Краљеву свакако неколико година. Није нам познато када и на основу ког акта су се судије и судско особље вратили у судску зграду у Косовској Митровици, али то се свакако десило 2003. или 2004. године.

Према одредбама Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва⁴⁴² предмети Окружног суда у Косовској Митровици који нису решени до 31.12.2009. године припали су у рад Вишем суду у Краљеву. Наиме, према одредбама⁴⁴³ овог закона предмете Окружног суда у Косовској Митровици у којима до дана примене тог закона није донета одлука преузима Виши суд у Краљеву, а предмете ранијих општинских судова са територије Окружног суда у Косовској Митровици преузима Основни суд у Краљеву.

Спроводећи одредбе закона у живот судије и службеници Вишег суда у Косовској Митровици донеле су 13.1.2010. и 4.3.2010. године у Виши суд у Краљеву укупно 40 предмета тог суда које су предали Комисији за примопредају предмета која је у ту сврху формирана у Вишем суду у Краљеву. Том приликом службеници Вишег суда у Косовској Митровици су изјавили да су то сви предмети Окружног суда у Косовској Митровици који су по Закону о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва припали у рад Вишем суду у Краљеву, те да више нема предмета ранијег Окружног суда у Косовској Митровици у којима није донета одлука.

Дана 6.12.2010. вршиоцу функције председника Вишег суда у Краљеву обратио се телефоном, а 9.12.2010. и званично дописом ВФ председника Вишег суда у Косовској Митровици. Разлог за ово била је околност да службеници Вишег суда у Косовској Митровици нису могли да нађу списе предмета ранијег Окружног суда у Косовској Митровици К. 1/98 (кривица окр. Д.Р. и других због више кривичних дела разбојништво

⁴⁴² „Службени гласник Републике Србије“ број 116/08.

⁴⁴³ Чланови 12. и 13. Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва.

и разбојничка крађа). ВФ председника Вишег суда у Косовској Митровици је замолио да се службеницима тог суда омогући да прегледају архиву Окружног суда у Косовској Митровици која се налази у подруму Вишег суда у Краљеву. Тог 6.12.2010. и поред интензивне претраге није утврђено где се тачно у подрумским просторијама зграде Вишег суда у Краљеву налази архива Окружног суда у Косовској Митровици. Службеници Вишег суда у Косовској Митровици дошли су поново у Виши суд у Краљеву 10.12.2010. године. Тог дана у подрумским просторијама Вишег суда у Краљеву које користе Привредни суд у Краљеву и Више јавно тужилаштво у Краљеву пронађени су пакети са предметима међу којима је био и предмет Окружног суда у Косовској Митровици К. 1/98. Службеници Вишег суда у Косовској Митровици су предмет однели у Виши суд у Косовској Митровици, где су утврдили да је овај предмет *и даље није завршен*, наиме, утврђено је да првостепена пресуда К. 1/98 од 10.4.1998. којом су окривљени оглашени кривима и на коју је уложена жалбе никада није достављена Врховном суду Србије на одлуку по жалби. Закључили су да по Закону о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва овај предмет припада у надлежност Вишег суда у Краљеву, доставили су га Вишем суду у Краљеву на даље поступање, Виши суд у Краљеву га је затим доставио Апелационом суду у Крагујевцу ради одлуке по жалби. Апелациони суд је укинуо пресуду Окружног суда у Косовској Митровици К. 1/98 од 10.4.1998. године и предмет вратио на поновну одлуку Вишем суду у Краљеву.

Због сумње да се у подрумским просторијама Вишег суда у Краљеву налази још незавршених предмета ранијег Окружног суда у Косовској Митровици почев од јануара 2011. године ВФ председника Вишег суда у Краљеву је више пута позивао ВФ председника Вишег суда у Косовској Митровици да пошаље службенике у Краљево да би се утврдило тачно стање архиве ранијег Окружног суда у Косовској Митровици, али без успеха.

Дана 12.10.2011. године по наредби ВФ председника Апелационог суда у Крагујевцу сви предмети који су чинили архиву ранијег Окружног суда у Косовској Митровици изнесени су из подрума Вишег суда у Краљеву. Ради тачног утврђивања чињеничног стања у Вишем суду у Краљеву формирана је комисија. У наредним данима судије и службеници Вишег суда у Краљеву констатовали су да је у Вишем суду у Краљеву затечено укупно 5729 завршених (архивираних) предмета Окружног суда у Косовској Митровици у различитим материјама. Међутим, затечени су и незавршени предмета Окружног суда у Косовској Митровици, предмети у којима уопште није била донета одлука, и то: у „К“ материји – 58, у „Ки“ материји – 37, у „Кио“ материји – 84,

„Ким“ материји – 19, у „Км“ материји – 8, у „Квм“ материји – 2, у „Кж“ материји – 374 незавршених предмета.

О свему што је у току октобра 2011. године затечено у подрумским просторијама Вишег суда у Краљеву у просторији у којој се налазила архива ранијег Окружног суда у Косовској Митровици обавештени су ВФ председника Апелационог суда у Крагујевцу,⁴⁴⁴ председник Врховног касационог суда и Министарство правде Републике Србије.⁴⁴⁵

Дакле, судије Окружног суда у Косовској Митровици оставиле су, највероватније, у току 2003. или 2004. године, у просторијама Окружног суда у Краљеву 58 првостепених кривичних предмета („К“ материја) и 37 предмета истраге („Ки“ материја) и по њима обуставиле сваки даљи рад. Ако је уопште потребно рећи, ради се о поступцима за најтежа кривична дела, која су спадала у надлежност окружног суда (убиство, тешко разбојништво, силовање, тероризам). Предмети су смештени у архиву, као да су завршени, а нису то били, и по њима није поступано у периоду времена од скоро једне деценије.

Овакво непоступање судија окружног суда, али и Окружног јавног тужиоца у Косовској Митровици и његових заменика по кривичним предметима који су били у њиховој надлежности, никако није злоупотреба права, већ ригидно, грубо, нечувено занемаривање својих дужности у сваком од предмета који су оставили и „заборавили“ у Окружном (вишем) суду у Краљеву. Другим речима, то није злоупотреба процесних права у кривичном поступку, већ злоупотреба надлежности органа поступка (суда, јавног тужиоца).

2.4.2. „Правна неписменост“

⁴⁴⁴ По наредби ВФ председника Апелационог суда у Крагујевцу незавршени предмети Окружног суда у Косовској Митровици у „Кж“ материји су предати Апелационом суду у Нишу као стварно и месно надлежном. Незавршени предмети у осталим материјама су заведени у уписнике Вишег суда у Краљеву и изнети у рад судијама тог суда.

Такође, у току септембра, октобра и новембра 2011. године Основни суд у Краљеву је примио од Основног суда у Косовској Митровици неколико хиљада незавршених предмета ранијих општинских судова са територије ранијег Окружног суда у Косовској Митровици. Након овога Основни суд у Краљеву је од ових уступио Вишем суду у Краљеву неколико стотина предмета из области малолетничке делинквенције.

⁴⁴⁵ У вези свега овога у Вишем суду у Краљеву сачињени су бројни извештаји који су послати на наведене адресе, између осталих и детаљан извештај о томе у којој фази поступка је био сваки незавршени предмет Окружног суда у Косовској Митровици дана 12.10.2011. године и који судија тог суда је био задужен тим предметом. Није нам познато да је било ко у систему судске и извршне власти Републике Србије реаговао на овај извештај на било који начин.

2.4.2.1. Адвокат бранилац није способен да окривљеном пружи адекватну и делотворну одбрану

Уобичајено је поимање лаичке јавности да судије, адвокати, јавни тужиоци и њихови заменици познају све законе и знају како да их примене у пракси. Када се за некога каже да је адвокат, правнички необразован човек најчешће замисли у себи слику озбиљног човека, какве је видео у филмовима да седе у енглеским или америчким судницама, често са периком на глави, обучен у тогу, и мудро ћути, а кад устане и каже нешто судија, порота и јавни тужилац занеме и одмах пусте оптуженог на слободу.

Наравно, тако је то у филмовима. У стварном животу ситуација је сасвим другачија. Не улазећи на овом месту у полемику о томе на ком нивоу професионалности се налази српска адвокатура, рећи ћемо само да професионално образовање српских адвоката није високо и у највећем броју случајева, осим ретких изузетака, остаје на знањима стеченим у току редовних правних студија.⁴⁴⁶

У већим градовима, понајвише због притиска конкуренције, дошло је до професионалне „миграције“ од општих знања, која поседује већина адвоката, ка посебним, односно до специјализације адвоката за поједине правне области. Тако, постоје адвокати који се у пракси баве искључиво класичном парницом (спорови пред редовним судовима чији су предмет стварна права, облигације), или трговинским правом (имовински спорови између правних лица пред трговинским судовима, поступци стечаја и ликвидације предузећа). При овоме је врло битно коју службу је адвокат обављао пре адвокатуре.⁴⁴⁷ Посебне категорије су адвокати који долазе из управе, те су специјалисти

⁴⁴⁶ Приметићемо да је српска адвокатура, са аспекта чланства, образованости и професионалности у периоду од краја Другог светског рата до почетка друге деценије XXI века прошла кроз неколико фаза.

Након II Светског рата она је извесно била малобројна, врло образована и професионална, али на нивоу Србије, са малим бројем појединаца који су поседовали знања и способности да пруже услуге пред страним судовима и арбитражама. Малобројна због увреженог схватања да су адвокати „приватници“, изван система државне службе, односно власти, људи „са друге стране“ јер у највећем броју нису били чланови политичке партије на власи (за разлику од кадрова судија и јавних тужилаца који листом то јесу били, наиме, у то време лице које није било члан Комунистичке партије није ни могло да конкурише за место судије или тужиоца). Осим тога, до почетка деведесетих година XX века плате тужилаца и судија у Србији биле су солидне (1990. године плата судије општинског суда била је 3.000 немачких марака), те су преласци појединаца из судства и тужилаштва у адвокатуру били врло ретки.

Почев од 1991. године због свих дешавања у Србији и њеном окружењу дошло је до енормне инфлације, која раније није забележена у свету. Плате државних службеника, судија и тужилаца преко ноћи се постале гомила безвредног папира, са 3.000 пале су на пет до десет немачкох марака месечно. Почев од 1991. године дошло је до великог, масовног одлива у адвокатуру правосудног кадра, судија, јавних тужилаца и њихових заменика са деценијским искуством. С једне стране, у Србији је тада дошло до велике квалитативне ерозије судског и тужилачког кадра, а до побољшања квалитета адвокатуре.

⁴⁴⁷ Приметићемо, такође, да су у Србији ретки „чисти“ адвокати, односно правници који су студирали правне науке искључиво да би се бавили адвокатуром, који су, дакле, адвокати „по убеђењу“, из афинитета и, рецимо тако, љубави према овој племенитој професији. У Србији је веома тешко почети адвокатску делатност без претходног обављања какве државне службе (полиција, тужилаштво, судство, државна

за управни поступак и управни спор (нпр., пензијско право, грађевинско право), такође, адвокати који долазе из осигуравајућих друштава и баве се искључиво остваривањем захтева за накнаду штета.

Међутим, најчешће адвокати експерти за наведене области права немају или имају врло мало афинитета, воље, а често и способности да се ангажују у кривичним судским поступцима (одбране и заступања учесника у кривичним стварима пред редовним судовима).

Ове специјализације међу адвокатима био је свестан и законодавац када је у Законнику о кривичном поступку предвидео: ако окривљени сам не изабере браниоца, или у току кривичног поступка остане без браниоца или се, ако је реч о обавезној одбрани, не споразуме са саокривљенима о браниоцу или не изабере другог браниоца, 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;⁴⁴⁸ адвокатска комора је дужна да у списку адвоката наведе датум уписа адвоката у именик адвоката и да приликом састављања списка води рачуна о томе да практични или стручни рад адвоката у области кривичног права даје основа за претпоставку да ће одбрана бити делотворна.⁴⁴⁹ Овом одредбом је у српски кривични поступак уведен стандард делотворне одбране. Задатак је адвокатске коморе да утврди који се адвокати са списка уопште не баве кривичним правом, а бране (заступају) по службеној дужности ради додатних прихода, те да их искључи са списка евентуалних бранилаца по службеној дужности који доставља судовима.⁴⁵⁰

Међутим, све ове мере предострожности да ће окривљени у кривичном поступку имати адекватну и делотворну стручну одбрану важе за случајеве када му је од стране органа поступка постављен бранилац по службеној дужности.

Када окривљени сам ангажује браниоца, или ако је спречен (нпр., јер је притворен), па то за њега чини друго лице (супруг/а, родитељи) може да се деси, а у пракси се и дешава, да му у кривичном судском поступку буде ангажован адвокат бранилац који се не бави кривичном материјом и који није способан да му пружи

администрација), јер објективне правне норме којима је регулисана област адвокатуре, посебно фискалне, не фаворизују адвокате почетнике, управо обратно, фаворизују се адвокати који су адвокатску канцеларију отворили након завршене радног века у државној служби и стекли право на пензију.

⁴⁴⁸ Члан 76. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁴⁴⁹ Члан 76. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁴⁵⁰ Ј. Тинтор, *Бранилац као субјект реформисаног кривичног поступка*, у „Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект)“, (главни редактор: проф. др Станко Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор - Београд, 2012., 254.

адекватну и делотворну одбрану. Најзад, може да се деси и да му такав адвокат буде постављен од стране органа поступка као бранилац по службеној дужности.⁴⁵¹

У таквом случају евентуално неуко, невешто поступање ангажованог браниоца у одбрани оптуженог није злоупотреба процесних права браниоца, већ правна неписменост лица које је позвано да оптуженом у току кривичног поступка пружи стручну формалну одбрану.

2.4.2.2. Јавни тужилац и пресуда којом се оптужени ослобађа од оптужбе јер дело за које је оптужен по закону није кривично дело

Према изричитој одредби Законика о кривичном поступку пресуду којом се оптужени ослобађа од оптужбе суд ће изрећи ако дело за које је оптужен по закону није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; ако није доказано да је оптужени учинио дело за које је оптужен.⁴⁵²

Друга ситуација је јасна: ослобађајућа пресуда ће бити изречена ако тужилац није успео да докаже да је оптужени учинио дело које му је стављено на терет, односно, није успео да прибави и на главном перетресу изнесе доказе који би уверили суд до степена извесности у основаност навода оптужбе. Овај неуспех јавне тужбе у доказивању одлучних чињеница може да буде условљен и субјективним околностима везаним за самог заступника јавне тужбе, али је најчешће везан за околности које не зависе од његове воље (пропусти у раду полиције, разне објективне околности).

Међутим, први наведени разлог за доношење пресуде којом се оптужени ослобађа од оптужбе је другачији: овде дело за које је окривљени оптужен по закону није кривично дело. Ова ситуација је могућа у случају да: 1) овлашћени тужилац у оптужном акту квалификује чињенично стање као кривично дело, али суд након доказног поступка утврди чињенице које искључују постојање кривичног дела (нпр., недостатак предвиђености у закону, као у случају декриминализације, где је у време подизања

⁴⁵¹ „Koliko god se često, iako neopravdano, sudovi zadovoljavali samo formom da okrivljenik ima branitelja u situacijama kad ga prema odredbama zakona mora imati, nije rijedak slučaj, osobito u posljednje vrijeme, da sudovi i sami problematiziraju pitanje učinkovite obarane okrivljenika u smislu oživotvorenja prava na pravično suđenje. Sudovima zakonodavac, očito bojeći se zloupotrebe prava, nije dao pravo zabrane zastupanja izabranog branitelja okrivljenika u kaznenom postupku, tj. branitelja iz povjerenja, kad bi sudovi ocijenili da takvi branitelji ne ostvaruju svoju funkciju zbog koje su izabrani. Međutim, odredbe novog Zakona o kaznenom postupku izvjesno otvaraju pitanje učinkovite obrane okrivljenika koja se učinkovitost ogleda kroz odgovoran pristup kaznenom postupku. To se pitanje osobito aktualizira u odnosu prema novim dijelovima kaznenog postupka prema odredbama Zakona o kaznenom postupku, i to prvenstveno s obzirom na postupanje pred optužnim vijećem“. Vid.: D. Kos, *Odgovorna obrana okrivljenika u kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, broj 2/2009, 573-582.

⁴⁵² Члан 423. Законика о кривичном поступку.

оптужног акта конкретно дело било предвиђено у кривичном закону као кривично дело, али по измени кривичног закона то више није; затим, недостатак противправности, као у случајевима нужне одбране и крајње нужде, за које је законодавац изричито навео да дело учињено у таквим случајевима није кривично дело; најзад, кривица окривљеног, наиме, код одређених кривичних дела захтева се по закону постојање конкретног психичког односа окривљеног према радњи и последици дела, и уколико тужилац у оптужном акту није описао такав психички однос учиниоца, дело које је му је ставио на терет по закону није кривично дело), или 2) када јавни тужилац у оптужном акту није умео, дакле, није знао да опише дело окривљеног као кривично дело, јер у чињенични опис дела није унео неки битан елемент, који у реалности постоји и који поступање окривљеног чини кривичним делом.

И тада у пракси имамо парадокс: у реалности је учињено кривично дело, односно, постоји дело које стварно, реално садржи све елементе кривичног дела, али ови елементи, или неки од њих, због неумешности, неспособности заступника јавне тужбе, нису описани у оптужном акту јавног тужиоца.

Суд је увек везан чињеничним наводима дела које је тужилац описао у оптужном акту. У таквој ситуацији суд може само да донесе пресуду којом се оптужени ослобађа од оптужбе јер дело за које је оптужен по закону није кривично дело.

Ово није злоупотреба процесног права јавног тужиоца на оптужење. То је незнање елементарних ствари, или алкавост, немар у раду заступника јавне тужбе.

Навели смо само један, драстичан (не и редак) случај погрешног поступања јавног тужиоца у кривичном поступку. Међутим, овим нису исцрпљени сви могући пропусти тужиоца у кривичном поступку који су последица незнања или немара у раду.⁴⁵³

⁴⁵³ „... уз осуду свих злоупотреба, а посебно злоупотреба у време акције „Сабља”, ваља истаћи да злоупотребе овлашћења од стране одређених органа не могу бити аргуменат против нечега што ће нема сумње допринети ефикасности кривичног поступка. Наравно, о злоупотребама се мора водити рачуна, и то пре свега путем стварања инструмената за њихово спречавање, а њих није мали број. Слично овоме, безаргументовано приписивање необјективности рада јавног тужилаштва и његове превелике везе са извршном влашћу такође нема оправдања. Приликом одлучивања о спровођењу истраге тужилац у процени да ли постоји кривично дело и да ли треба водити кривични поступак може да погрешни скоро исто толико као и код подизања неких од оптужних аката (нпр. непосредне оптужнице без сагласности суда) а у таквим случајевима се, сасвим нормално, унапред не поставља питање његове необјективности. У осталом, питање објективности може се поставити код било којег органа. Али, задатак друштва је да предвиди инструменте за њихово што објективније поступање, и у случају да се то оствари онда нема ниједног оправданог разлога да се унапред априори сумња у објективност рада било којег органа, а тиме ни у објективност рада јавног тужилаштва“. Вид.: S. Вејатовић, *Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i u Srbiji*, у „Pravo zemalja u regionu” (urednik prof. dr Vladimir Čolović), Institut za uporedno pravo, Beograd 2010., 242-265.

2.4.2.3. Груби немар и незнање у раду судија и службеника суда

Законом о кривичном поступку је јасно прописана процедура и оно што процесни субјекти смеју или не смеју да чине у току поступка. Међутим, законе примењују судије, тужиоци, адвокати, једном речју људи, и у тој примени има много површности, алкавости.

Нажалост, постоји појава немара у раду судија и судског особља. Изражава се у грубим грешкама у раду, неажурности. Често су разлози за то загушеност судова и судија великим бројем предмета које треба решити, потреба за хитношћу у поступању, недостатак судског особља чији је посао непосредна помоћ судијама у комуникацији са другим државним органима и лицима која су директно ангажована у случају, у организовању рочишта, у припремању и изради судских одлука. Међутим, има случајева појава *грешака судија* које се не могу објаснити другачије до површним и индиферентним односом према свакодневним обавезама у раду.⁴⁵⁴

Такође, у раду српских судова могу се уочити појаве које се не могу квалификовати другачије него као *немар, равнодушност, индиферентност* према поступању у судском (кривичном) поступку и правним стварима које се износе пред суд, према свакодневним обавезама у раду.⁴⁵⁵ Понекад је ова површност у раду суда резултат

⁴⁵⁴ Планом активности Врховног касационог суда Републике Србије ради уједначавања судске праксе I Су-7 24/2014 од 1.4.2014. предвиђено је уједначавање судске праксе у кривичној и грађанској материји за више, привредне и основне судове, уз посредовање апелационих судова.

У складу са планом активности, Виши суд у Новом Пазару организовао је 22.4.2016. године заједнички састанак виших судова са подручја Апелационог суда у Крагујевцу ради разматрања спорних правних питања од значаја за уједначавање судске праксе.

Једно од спорних питања од значаја за уједначавање судске праксе које су поставиле судије кривичног одељења Вишег суда у Крушевцу било је: „Ако се у поступку спајања казни и изрицања јединствене казне по пресудама од којих је једном изречена казна затвора, а другом казна затвора и новчана казна, *грешком* изрекне само јединствена казна затвора, без новчане казне, да ли тада суд који је претходно донео пресуду којом је била изречена казна затвора и новчана казна може да извршава ту новчану казну, замењује новчану казну казном затвора и да ли у том случају за ту новчану казну важе правила о застарелости извршења казне и правила о замени те казне казном затвора“?

Вид.: Акт Врховног касационог суда Републике Србије ради уједначавања судске праксе I Су-7 24/2014 од 1.4.2014. године, акт Вишег суда у Крушевцу I Су 7-4/16 од 21.3.2016. године. Извор: архива судске управе Вишег суда у Краљеву.

⁴⁵⁵ Истим поводом (као горе) судије кривичног одељења Основног суда у Новом Пазару поставиле су следеће питање: „Како поступити у предмету *уколико је другостепени суд услед омашке у жалбеном поступку укинуо у целости првостепену пресуду, иако је само у једном делу била нападнута жалбом* (примера ради, у осуђујућем делу није било жалбе, већ само у ослобађајућем, или, у одбијајућем делу није било жалбе, већ само у осуђујућем). Уједно, *како поступити уколико је услед техничке грешке у жалбеном поступку у уводном делу одговарајуће одлуке назначена пресуда другог, као и назив другог суда, а предмет се односи на овај суд и списи се враћају поново у рад овом суду?*“.

Вид.: Акт Врховног касационог суда Републике Србије ради уједначавања судске праксе I Су-7 24/2014 од 1.4.2014. године, акт Вишег суда у Новом Пазару Су II 17-2/16 од 23.3.2016. године. Извор: архива судске управе Вишег суда у Краљеву.

рефлексије у поступању других правосудних органа чије процесне радње претходе судским. Међутим, то није оправдање за немарно поступање суда.⁴⁵⁶

Чини се, нажалост, да од ове појаве нису имуне ни највише судске инстанце.⁴⁵⁷

У пракси српских кривичних судова има доста незнања, чак и основних ствари када је реч о занату судовања.

Разлога за ово има много, међутим, један од последњих је тзв. општи избор судија у Србији који је спроведен у току 2009. године, када је управна власт без икаквог образложења удаљила из правосуђа Србије стотине судија. Велики број судија нижих судова (и јавних тужилаца и њихових заменика нижих тужилаштава) који су задржани у служби напредовао је у каријери без икаквих критеријума, „прескакањем степеница“, тако што су судије ранијих првостепених (општинских) судова „преко ноћи“ постале жалбене судије, судије апелационих судова, а да при том није проверено да ли су способне и имају ли стручна знања да раде такве послове. Истовремено, уместо судија које су удаљене са судијских функција примљени су млади правници који су испуњавали критеријуме за избор на функцију судије Основног суда, често без икаквог искуства, без иједног дана рада у суду.⁴⁵⁸

⁴⁵⁶ „Очигледно, ради се о грубој грешки првостепеног Суда у датуму када је донета предметна одлука, као и у означавању саме одлуке, међутим, у конкретном случају није реч о простој грешки у куцању, која би се евентуално дала отклонити, јер је првостепени Суд ову грешку у датуму доношења и означавању одлуке поновио и у образложењу првостепене пресуде. Нажалост, реч је о немару првостепеног Суда који је пресуду донео, потписао и оверио службеним печатом Суда, а да судија и/или стручни сарадник тог суда нису претходно прочитали шта у изреци и образложењу пресуде пише.

Овакав немар и површност првостепеног Суда могао би се евентуално правдати чињеницом да су сличне грешке у бројевима садржане и у самом оптужном предлогу ОЈТ у Краљеву Кт. 1827/10 од 23.4.2012. године (погрешно је означен број предметне одлуке са 86/2012), па и у поднеску Вишег јавног тужиоца у Краљеву Ктж. 46/14 од 18.2.2014. којим се изјаснио о основаности жалбе одбране, у коме су поновљене грешке у бројевима из изреке ожалбене пресуде. Али немар других органа поступка не може да оправда немар првостепеног Суда“.

Вид.: Решење Вишег суда у Краљеву Кж. 62/14 од 13.3.2014. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁴⁵⁷ „Суд констатује да се притужба подносиоца представке односи на одлучивање о кривичној оптужби против њега и, као таква, спада под члан 6. став 1. Осим тога, подносилац представке је јасно имао право да у року од месец дана уложи захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, од датума пријема пресуде донете по жалби, односно до 26. јуна 2006. године, што је он учинио преко затворске управе. Одлуком од 31. маја 2007. године, међутим, *Врховни суд [Србије] је грешком одбадио захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде подносиоца представке као закаснео, наводећи да је он поднет 5. јула 2006. године, при чему је, заправо, то био само датум кад је сам Врховни суд примио наведени захтев* (курзив: М.Д.). Врховни суд је тако прекршио члан 428. Законика о кривичном поступку, као и право подносиоца представке на приступ суду према Конвенцији, при чему треба разумети да задатак Суда није да утврђује какав би био стваран исход по захтеву за испитивање законитости правноснажне пресуде подносиоца представке да је Врховни суд прихватио да разматра његову основаност“. Вид.: Одлука Европског суда за људска права у предмету *Ђокић против Србије*, представка бр. 1005/08 од 20. децембра 2011. године, објављена у „Службеном гласнику РС“, бр. 99/2011 од 27. децембра 2011. године.

⁴⁵⁸ „Ова повреда [кривичног поступка] огледа се у чињеници да је одбрана окр. М.Ђ. на главном претресу пред првостепеним Судом прибављена у писаној форми, а то је начин који је противан одредбама Законика о кривичном поступку. Наиме, у списима предмета ове кривичне ствари постоји поднесак оптуженог без

Слична ситуација уочена је и у другим правним системима држава које су раније чиниле југословенску федерацију.⁴⁵⁹

Иако у теорији процесног права постоје и другачија мишљења,⁴⁶⁰ све ово није злоупотреба процесних права суда у кривичном поступку, већ само немар и/или незнање суда.

пријемног печата суда (немогуће га је локализовати у предмету јер списи ове кривичне ствари нису остраничене од стране првостепеног Суда, што је такође недопустиво), поднесак је на шест куцаних страна, насловљен је са: „Исказ М.Ђ., за Основни суд 3.12. у 10 сати Краљево“. Из записника о главном претресу од 3.12.2012. може се утврдити да је окр. М.Ђ. овај поднесак предао непосредно, из руке претресном судији, и то на претресу коме није присуствовао ОЈТ у Краљево ни његов заменик. Овакво поступање првостепеног Суда у вези узимања одбране оптуженог је потпуно у супротности са одредбама Законика о кривичном поступку које регулишу ову процесну ситуацију. Наиме, изношење одбране оптуженог на главном претресу регулисано је члановима 397 и 398 ЗКП, и ове одредбе се сходно примењују и на скраћени поступак. Главни претрес је усмен, јаван и контрадикторан. Изношењем одбране од стране оптуженог у писменој форми, односно узимањем одбране од оптуженог од стране Суда у писменој форми повређена су начела кривичног поступка усмености, јавности и контрадикторности“.

Вид.: Решење Вишег суда у Краљево Кж. 62/14 од 13.3.2014. године. Извор: архива Вишег суда у Краљево.

⁴⁵⁹ Ур.: „Kad govorimo o zlouporabama procesnih prava, onda sam ja nastojao u svom izlaganju, a mislim da bi na taj način trebalo i inače obrađivati to pitanje, govorio o osobama koje dobro poznaju pravo i kao takve ga zloupotrebljavaju. Treba praviti razliku radi li se o neprimjeni prava zbog neznanja, ili se pravo ne primjenjuje iako ga se jako dobro poznaje, te postoji svijest što neprimjena određene pravne norme za sobom povlači. Teško mi je bilo javiti se nakon izlaganja kolege Svedrovića koji je govorio o lepezi, o čitavom katalogu postupanja sudaca, koje je očigledno imao i sam prilike vidjeti u praksi, gdje se radilo o neprimjeni prava, ili o primjeni na „dubiozan“ način, što je prepoznao kao moguću zlouporabu prava. Da li je to bila uvijek zlouporaba, ili je to bilo rezultat onoga što profesor Krapac kaže “neznanja”.

Budimo iskreni i recimo da je to vrlo često rezultat neznanja. I to je, na žalost, moguće. Naime, izgubio se kroz tih deset godina onaj srednji sloj sudaca koji je služio kao “usmeni prijenosnik znanja – najbrži prijenosnik znanja”. I dešavalo se to da su suci sjeli za sudački stol, a da, na žalost, u početku svoga rada nisu imali najbolju teoretsku podlogu. Da li je to zloupotreba prava? Da li je to zloupotreba prava onih koji su ih postavili takve na to mjesto? Da li je zloupotreba prava onih koji su potjerali one koji su bili “prijenosnici znanja”? Možda i tu negdje treba tražiti odgovor”.

Vid.: D. Kos, *Autorizirano izlaganje Damira Kosa, sudije Vrhovnog suda Republike Hrvatske*, na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu na temu: *Zlouporebe procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 174-175.; elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

⁴⁶⁰ Тако, А. Радованов наводи као пример за злоупотребу процесних овлашћења првостепеног парничног суда околност запажену у судској пракси да поједини председници већа или судије појединци заказују рочиште за главну расправу, а да се претходно нису темељно припремили за одржавање расправе и да не познају довољно предмет спора, што има за последицу одлагање рочишта за главну расправу, одсуство потребне концентрације доказа и принципа суђења у разумном року, ажурности и економичности судског поступка, који су битни постулати за остваривање заштите повређених субјективних права. Такође, по овом аутору злоупотребе процесних овлашћења првостепеног парничног суда су и доста честе грешке у именима и бројевима као и друге очигледне погрешке у писању првостепене судске одлуке (било изреке, било образложења) због којих првостепени суд не доноси решење о исправљању пресуде, већ предмет доставља другостепеном суду да реши по жалби, иако је у жалби на то указано, па другостепени суд тада враћа назад првостепеном суду списе предмета да донесе решење о исправљању пресуде што доводи до одуговлачења судског поступка. Вид.: А. Радованов, *Neka pitanja u vezi sa zloupotrebom procesnih ovlašćenja od strane prvostepenih sudova*, у „Aktuelni problemi zakonodavstva u Republici Srbiji“ (urednik Zdravko Petrović), Budva, 2007., 257-269.

3. Злоупотреба права у кривичном поступку

Долазимо на терен централне теме. Уједно, то је терен потпуних непознаница.

Полазимо од чињенице да појам „злоупотреба процесних права“ постоји као законски институт, али да не постоји јединствено, потпуно, целовито одређење овог појма, како у Законнику о кривичном поступку, тако ни у правној теорији.

У ствари, будимо конкретнији. У иступањима појединих теоретичара процесуалиста постоје дотицања ове теме, при чему су мишљења крајње једнострана и парцијална, и, једном речју, не задовољавају.

3.1. Неколико дефиниција процесне злоупотребе из пера теорије процесног права

Схватање које се најчешће среће код аутора процесуалиста јесте да је злоупотреба кривичнопроцесних права вршење процесног права супротно законом одређеном циљу. Тако, С. Бејатовић наводи да злоупотреба права у кривичном поступку постоји у случају када се од стране овлашћених процесних субјеката њихова законска овлашћења, иако формалноправно сагласна са законом, користе супротно духу и циљу норме.⁴⁶¹ Сличан став заступа Д. Крапац према коме под злоупотребом кривичнопроцесног права треба разумети његово коришћење супротно законом одређеном циљу.⁴⁶²

Према Д. Радуловићу злоупотреба права у кривичном поступку је ситуација у којој се под видом једне потпуно коректне радње, са гледишта форме, користи овлашћење, односно норма у другом циљу, а не у ономе у коме је овлашћење дато, односно норма донесена. Тако, јавни тужилац врши злоупотребу права нечињењем ако у дужем периоду времена не одбацује кривичну пријаву, нити иницира поступак; окривљени врши злоупотребу права када не дође на главни претрес да би одуговлачио кривични поступак; злоупотребу права у кривичном поступку представља предлагање извођења доказа за које се зна да немају никаквог значаја за разрешење конкретне

⁴⁶¹ „И поред тога што користи термин „злоупотреба права“, Законик не даје његово појмовно одређење. То је препуштено теорији у којој нема јединственог приступа у одређивању тог појма. ... злоупотреба права постоји у случају када се од стране овлашћених субјеката њихова, иначе законска овлашћења, иако формалноправно сагласна са законом, користе супротно духу и циљу норме”. Вид.: S. Bejatović, *Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva srbije (norma i praksa)*, NBP, Žurnal za kriminalistiku i pravo, Beograd, 2/2015., 27-54.

⁴⁶² „Pod zloupotrebom procesnog prava možemo razumjeti njegovo korištenje suprotno zakonom određenom cilju”. Vid.: D. Krapac, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Davora Krapca na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu na temu: Zlouporebe procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 134., elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

кривичне ствари, или „чување“ доказа за поступак по правним лековима, иако се знало да тај доказ има значаја за утврђивање истине већ у првостепеном поступку; злоупотреба права је и тражење изузећа свих судија суда, или пак свих судија судова са одређеног подручја.⁴⁶³

Л. Никотра посматра феномен кривичнопроцесне злоупотребе са становишта етике поступања заинтересованих учесника у поступку, судија и адвоката; из овог угла посматрања, злоупотреба поступка представља радикалну издају друштвене функције и институционалних надлежност: то је намерно коришћење инструмената моћи деловања у поступку, или ненормална употреба гарантованих института у циљу поништења кривичног захтева. Речено другим речима, у социолошком или етичком смислу, злоупотреба права и овлашћења у кривичном поступку је коришћење процесне машине за сврхе и циљеве различите од оних за које су процесни институти прописани.⁴⁶⁴

Поред ових, назовимо их тако, ужих схватања кривичнопроцесних злоупотреба постоје мишљења која у дефинисање изучаваног појма уносе и последицу. Тако, М. Varchoł под злоупотребом права у кривичном поступку схвата употребу правног средства супротну циљу за који је дато, супротно његовој намени. *Sine qua non* елемент дефиниције процесне злоупотребе јесте да такво вршење права утиче на сферу интереса других заинтересованих страна.^{465, 466}

Према О. И. Даровских злоупотреба права у кривичном поступку је умишљајно, намерно понашање учесника кривичнопроцесног односа, који има процесна права, предузето у поступку законитог остваривања ових права, али у супротности са њиховим смислом и сврхом, које изазива или може да изазове штету или друге негативне последице другим учесницима у поступку, друштву, држави.^{467, 468}

⁴⁶³ D. Radulović, *Efikasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta*, JRKK (Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo), Vol. 35. Br. 2-3, maj – decembar 1997., 165-181.

⁴⁶⁴ L. Nicotra: *L'abuso del processo tra regole deontologiche ed esigenze di economia processuale*, Seminario interdisciplinare sul tema Etica, economia e diritto, Genova, 12 dicembre 2008.

⁴⁶⁵ M. Warchoł, *Pojęcie „nadużycia prawa” w procesie karnym*, Prokuratura i Prawo 11, 2007., 48-67.

⁴⁶⁶ Према С. Н. Сворцану свако процесно право може бити злоупотребљено. Конкретно процесно право је злоупотребљено када се не употребљава ради заштите својих интереса у поступку на законит начин, већ када се користи са намером да се на незаконит начин штите интереси, или са намером да се нанесе штета противној странци, или са намером да се одуговлачи поступак. Вид.: С. Н. Сворцан, *Коментар закона о парничном поступку*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2012., 20.

⁴⁶⁷ О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве: понятие и признаки*, Вестник ЮУрГУ, № 43, 2012, Серия „Право“, выпуск 32, 23-27. Вид. и: О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, ФГБОУ ВПО «Южно-Уральский государственный университет» (НИУ), ноябрь 2013.

⁴⁶⁸ В. Н. Парфенов каже да је злоупотреба процесних права умишљајно коришћење права или правних средстава у супротности са њиховом друштвеном наменом или са циљем да се причини штета личним интересима, да се створе објективне препреке за реализацију права других учесника у поступку, а у

Д. А. Казацкер дефинише злоупотребу права у кривичнопроцесним правним односима као облик остваривања права који спречава нормалну процесну активност учесника у кривичном поступку (са директним или индиректним умишљајем), који доводи до значајног отежавања остваривања њихових законитих права и интереса, као и до неоправданог одуговлачења поступка, а самим тим и опструкције законите активности суда, тужиоца, браниоца и других учесника у кривичном поступку, правним техникама и методама које истовремено ремете интегритет и ток поступка.⁴⁶⁹

О. Ј. Баев сматра да је злоупотреба права у кривичном поступку понашање (чињење, нечињење) субјекта кривичног судског поступка које не прелази границе његовог правног статуса, међутим, које крши права, слободе и законите интересе других учесника у кривичном поступку, а такође је сметња разматрању дела и решавању задатака правосуђа у оптималним роковима, заштити права и слобода других учесника у кривичном поступку.⁴⁷⁰

К. М. Баева сматра да је злоупотреба процесних права у кривичном поступку умишљајно понашање (чињење, нечињење) учесника у кривичном поступку, које не иде изван његовог процесног статуса, али не одговара циљевима и задацима кривичног поступка, са резултатом да им умишљајно причињава штету или друге негативне последице заштићеним правима и законитим интересима других учесника, и чини препреке за решавање задатка правосуђа.⁴⁷¹

О. В. Желева дефинише злоупотребу процесних права у кривичном поступку као посебан облик правног понашања учесника у кривичнопроцесном односу, који се остварује кршењем поступка вршења свог субјективног права у супротности са његовим смислом, наменом, и причињава штету интересима других учесника у поступку, друштва, државе.⁴⁷²

Према В. С. Вепреву злоупотреба права у кривичном поступку се изражава у вршењу недопустивих радњи (нечињења) од стране учесника у кривичном поступку које

отсутву кршења конкретних законских забрана или обавеза. Вид.: В. Н. Парфенов, *Проблема злоупотребления уголовно-процессуальными правами*, Российский следователь, 2014. N 7., 23 – 26.

⁴⁶⁹ Д. А. Казацкер, *Злоупотребления стороной своими правами в рамках уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты*, Журнал „Воронежский адвокат“ № 7, 2012 г.

⁴⁷⁰ О. Ј. Баев, „Злоупотребление правом“ как уголовно-процессуальная категория, Вестник ВГУ. Серия: Право, 2013. № 2, 336-349. Дефиниција коју смо цитирали је, уствари, предлог научника за измену и допуноу члана 5. став 1. кривичнопроцесног закона Руске Федерације.

⁴⁷¹ К. М. Баева, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России: общие принципы и основные понятия*, Воронежские криминалистические чтения, № 1-2016 (18), 8-14.

⁴⁷² О. В. Желева, *Понятие и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, Вестник Томского государственного университета 2015. № 396. Июль., 116-121.

прелазе границе права, у реализацији субјективног права у супротности са његовом наменом, као и у вршењу радњи усмерених на стварање стварних и правних препрека за реализацију права и слобода других учесника у кривичном поступку, или на чињење им штете, као и у другим радњама (нечињењима) при реализацији права које немају за циљ причињавање штете, али објективно стварају препреке за постизање сврхе кривичног поступка.^{473, 474, 475}

Међутим, да ли је злоупотреба процесних права у судском, па дакле и у кривичном поступку само коришћење права процесног субјекта супротно његовом циљу одређеном у закону, или је реч о много комплекснијој појави?

Јер, видели смо, у општој теорији права противциљно вршење субјективног права само је један од *видова* злоупотребе права. Са друге стране, постоје мишљења која злоупотребу процесних права схватају много шире. Најзад, у процесноправној теорији је извесно да је *процесни venire contra factum proprium* један од признатих видова процесне злоупотребе, а тешко да би се противречно понашање у процесноправном односу могло квалификовати као противциљно вршење процесног права.

Могло би се рећи да, када је реч о процесним злоупотребама, ту има много више од противциљности.

3.2. Кривичнопроцесна радња злоупотребе

У откривању појма кривичнопроцесне злоупотребе кренућемо од њеног појавног облика.

Из свих наведених дефиниција кривичнопроцесне злоупотребе могло би се утврдити да је реч о коришћењу процесних овлашћења, коришћењу процесних права, употреби процесног правног средства на такав начин да се тиме утиче на сферу интереса

⁴⁷³ В. С. Вепрев, *Основания уголовно-процессуальной ответственности*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Южно-Уральский государственный университет, Челябинск – 2006., доступно на <http://www.dissercat.com/content/osnovaniya-ugolovno-protsessualnoi-otvetstvennosti>, приступ 26.5.2015.

⁴⁷⁴ Т. П. Подшивалов сматра да је злоупотреба процесних права у судском поступку било која процесна радња вршења субјективног процесног права учесника у поступку која не служи циљевима решавања спора. Т. П. Подшивалов, *Запрет злоупотребления процессуальными правами в арбитражном процессе*, Российская юстиция, 2014. № 9, 17-20.

⁴⁷⁵ М. Дика схвата злоупотребу процесних права у судском поступку као коришћење процесних овлашћења, која су у начелу (*in abstracto*) призната, у конкретном случају (*in concreto*) у недопуштене сврхе; то су, уопште, све недопуштене диспозиције учесника у поступку (не само доложна коришћења) у начелу допуштених овлашћења. Вид.: М. Дика, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Mihajla Dike* на 76. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 19.3.2002. u Zagrebu на тему: *Zloupotrebe u građanskom postupku*, Bilten br. 5, 179-209., elektronski izvor, dostupno на <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

других учесника у поступку, о понашању овлашћеног учесника у поступку које изазива или може да изазове штету или друге негативне последице другим учесницима у поступку, друштву, држави, о начину вршења процесног права који спречава нормалну процесну активност других учесника у кривичном поступку, о понашању овлашћеног процесног учесника које крши права, слободе и законите интересе других учесника у кривичном поступку.

Понашање, поступање, реализација права у правном односу врши с радњом вршења субјективног права. Вршење правног овлашћења, вршење права, било ког права, па и процесног, јесте *радња овлашћеног субјекта*. У судском поступку то је *процесна радња процесног субјекта* којем је право додељено објективном правном нормом, одредбом процесног закона.

Из овога изводимо закључак – ***злоупотреба права у кривичном поступку је кривичнопроцесна радња процесног субјекта којом врши своје субјективно процесно право (овлашћење)***. Тако, неки процесуалисти изједначавају кривичнопроцесну радњу, односно право на предузимање процесне радње и само субјективно процесно право и дужност учесника у судском поступку.^{476, 477}

Међутим, *прелиминарно* одређена на овај начин радња процесне злоупотребе се не разликује од регуларне, исправне, рецимо већ овде, законите процесне радње.

⁴⁷⁶ Тако, када говори о злоупотребима кривичнопроцесних права Д. Крапац то чини под насловом „Страначке злоупотребе процесних радњи“ и у том тексту, заправо, полемише о злоупотребима субјективних процесних права странака у кривичном поступку, каже: „Stranke u kaznenom postupku imaju pravo poduzimanja različitih radnji. Може се појавити питање како суд треба реагирати ако странка то право користи како би постигла učinak који је супротан законитом циљу њезине радње: npr. učestalo neutemeljeno predlaže izuzeće predsjednika vijeća, sudaca pa i predsjednika suda i njegovog zamjenika, na glavnu raspravu odaziva se u alkoholiziranom stanju, namjernim uzimanjem neodgovarajućih lijekova u tolikoj mjeri pogorša zdravlje da izazove hospitalizaciju te drugim sličnim ponašanjem ometa, „sabotira“ postupak (što u krajnjem može dovesti i do njegove obustave zbog nastupa zastare kaznenog progona). Zloupotrijebiti pravo na poduzimanje procesne radnje mogu obje stranke, te neki drugi sudionici (npr. oštećenik) u kaznenom postupku“. Vid.: D. Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, V. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, studeni 2012., 277-278.

⁴⁷⁷ Такође, М. Дика на исти начин говори о злоупотребима грађанскопроцесних права: „Prvo, nedopuštene bi svakako bile radnje koje su poduzete iz šikanoznih razloga. (...) Drugo, nedopuštenom bi trebalo smatrati i radnju od poduzimanja koje se ne bi mogla očekivati nikakva ozbiljnija (pravozaštitna) korist. (...) Treće, na području materijalnoga prava se kao oblik nedopuštenog korištenja ovlaštenja koja se inače u načelu priznaju ponekad rabi i kriterij nerazmjernosti interesa koji se ostvaruje poduzimanjem neke radnje u usporedbi s interesom koji se time povređuje. (...) Četvrto, moglo bi se uzeti i da cilj zbog kojega se neka radnja poduzima može delegitimirati tu radnju, učiniti je nedopuštenom, odnosno da bi bila nedopuštena radnja poduzeta protivno cilju čijem je ostvarenju po projekciji zakonodavca namijenjena. (...) Peto, u nekim bi slučajevima se moglo govoriti o neprimjerenom vršenju, korištenju nekih procesnih mogućnosti. (...) Šesto, u nekim bi se slučajevima moglo govoriti o nedopuštenom poduzimanju parničnih radnji koje protuslove prethodnim radnjama onoga kojih ih poduzima – *venire contra factum proprium*. (...) Sedmo, i nemoralnost rezultata neke radnje mogla bi biti razlogom za njezinu diskvalifikaciju. (...) Osmo, pitanje je bi li i pravičnost mogla biti kriterijem za kvalifikaciju nekog ponašanja kao nedopuštenog, dakle uzeti da je neka radnja nedopuštena zato što je njezin rezultat (objektivno) nepravičan“. Vid.: M. Dika, *op.cit.*, 182-189.

Овде се постављају питања, на која цитиране дефиниције процесне злоупотребе не садрже одговоре, наиме, каква је то употреба процесног права, на који начин, да се тиме утиче на сферу интереса других учесника у поступку (јер, видели смо, диспонирање било којим субјективним процесним правом од стране било којег процесног учесника утиче на процесне ситуације и правне, законом заштићене интересе других учесника у поступку)? Затим, на који начин процесна злоупотреба једног учесника у поступку изазива или може да изазове штету или друге негативне последице другим учесницима у поступку, друштву, држави (јер регуларно диспонирање субјективним процесним правом учесника у поступку, такође, може, и најчешће и шкоди интересима другог учесника, из простог разлога што су процесним странкама „по дефиницији“ интереси супротстављени)? Даље, који је то начин вршења свог процесног права који спречава нормалну процесну активност других учесника у кривичном поступку? Да ли је за процесну злоупотребу типично да се њоме крше права, слободе и законити интереси других учесника у кривичном поступку (јер и законитим процесним радњама учесника у поступку повређују се права, слободе и законити интереси других учесника у поступку и трећих лица (тако, одређивањем притвора повређује се слобода окривљеног; изношењем личних прилика у поступку повређује се право на приватност лица)?

Једном речју, поставља се питање: на који начин, *на основу којих критеријума*, на први поглед, иначе регуларна радња вршења субјективног процесног права у конкретном случају постаје и јесте радња процесне злоупотребе?

3.3. Унутрашња теорија злоупотребе права примењена на субјективна кривичнопроцесна права

Према мишљењима израженим у теорији^{478, 479} и пракси,⁴⁸⁰ учење о процесној злоупотреби заснива се на општој теорији злоупотребе права, јер је и злоупотреба процесних права само део злоупотребе права уопште, као шире целине.

⁴⁷⁸ C. Scarpantoni, *Tesi: L'abuso del processo: configurabilità e sanzioni*, Luiss Guido Carli, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, Anno Accademico 2014/2015.

⁴⁷⁹ I. Nacul, *El abuso procesal. Poderes, Deberes y Facultades del juzgador como garante de un proceso sin dilaciones*, Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino. Elektronski izvor, dostupno na: www.judicialdelnoa.com.ar/doctrina/tesis_dra_nacul.doc, pristup 17.10.2014.

⁴⁸⁰ „Ипак, да би одмах било јасно који су објективни услови који омогућавају да се било која процесна стратегија, грађанска или кривична, квалификује као абузивна, спроведена очигледно у име права на које се ослања, не можемо а да се не сетимо да до сада стечени минимални заједнички појам злоупотребе поступка почива на једнако консолидованом и познатом општем појму злоупотребе права, заснованом на парадигми употребе права за циљеве који објективно нису само другачији, већ су у колизији („штетни“) у односу на интересе због којих је право одобрено“. Вид.: Cass. Pen., Sez. un., 29.9.2011. (dep. 10.1.2012), N. 155/12, тачка 15. образложења под рубрумом „L'abuso del processo“.

Електронски извор. Интегрални текст пресуде је доступан на:

Према учењу *унутрашње теорије злоупотребе права*⁴⁸¹ злоупотреба права није везана за форму, већ за *садржину субјективног права*. Свако субјективно право, с обзиром да је одређено, дато објективним правом, јесте ограничено право.⁴⁸² Вршење субјективног права ограничено је његовом садржином. Право има своје границе преко којих његово вршење значи *неправно стање*. Границе вршења права подударају се са границама самог права. Права нема ван његове садржине, тако да је садржина меродавна и за вршење права – вршење права не може бити ништа друго до вршење садржине права. Вршење права не може бити недопуштено. Ван његових граница право и не постоји, његово вршење преко тих граница јесте злоупотреба права.

Забрана злоупотребе права, дакле, одређена је садржином права, његовим саставом; садржином права одређује се да ли постоји право на одређено понашање или не, има ли титулар неко овлашћење или нема, је ли или није овлашћен на неку радњу. Забрана злоупотребе права исказује границу права која је неодвојива од његове *садржине*, тако да се онај који злоупотребљава право више и не креће у његовим границама, већ поступа изван права. Злоупотреба права је прекорачење права, искорак из права, при чему право постоји са чисто формалног становишта (само кроз позивање титулара права на правну норму која му даје право), али при дубљем поимању субјективног овлашћења постоји материјално само у смислу прекорачења. У случају злоупотребе права право постоји само са аспекта форме, док у стварности субјективно право више не постоји, па се претендовање на право показује као злоупотреба. Постоји само привид права, а не право.

Злоупотреба и право се искључују.

Пошто вршење права може једино бити вршење садржине права, онда оно што не сме да се чини не улази у садржину права. Вршећи оно што се не сме, не врши се право изван његових граница, него се право и не врши, јер изван својих граница и не постоји. У случају злоупотребе право се не врши, већ се одговара за вршење неправга.

Ако ово учење применимо на субјективна кривичнопроцесна права, то значи да злоупотреба процесног права постоји онда када учесник у кривичном поступку *прекорачи границе свог субјективног процесног права*, односно „оглуши се“ о неки елемент садржине субјективног процесног права.

<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/S.U.%20Rossi%20DPC.pdf>, приступ 4.6.2016.

⁴⁸¹ Види главу I, наслов „7.1. Спољна и унутрашња теорија злоупотребе права“.

⁴⁸² N. Opatic, *Pravni interes u građanskom parničnom postupku*, dostupno na <http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Pravni%20interes%20u%20građanskom%20parničnom%20postupku.pdf>, pristup 18.6.2017.

Ово нас обавезује да утврдимо који елементи чине, односно улазе у садржину субјективног процесног права, односно, у садржину процесне радње вршења субјективног процесног права.

3.4. Садржина процесне радње вршења субјективног процесног права

У процесноправној теорији нема иступања у правцу откривања елемената садржине процесне радње.

Уобичајени су наводи да Законик о кривичном поступку не садржи општа правила о садржини процесних радњи, већ је њихова садржина индивидуална, свака радња има своју садржину.⁴⁸³ Тако, наредба о претресању садржи назив суда који је наредио претресање, означавање предмета претресања, разлог претресања, назив органа који ће предузети претресање, друге податке од значаја за претресање.⁴⁸⁴ Решење о одређивању притвора садржи име и презиме лица које се притвара, кривично дело за које се оно окривљује, законски основ за притвор, време на које је одређен притвор, време хапшења, поуку о праву на жалбу, образложење основа и разлога за одређивање притвора, службени печат и потпис судије који одређује притвор.⁴⁸⁵

Међутим, када говоримо о садржини процесних радњи вршења субјективних кривичнопроцесних права, тада не мислимо на индивидуалну, појединачну садржину процесне радње, ону која је прописана одредбама Законика о кривичном поступку за сваку конкретну процесну радњу. Мислимо на *општу садржину* радњи вршења субјективних процесних права учесника у кривичном поступку, на оне постулате који су иманентни садржини свих процесних радњи вршења субјективних процесних права.

3.4.1. Елементи садржине (границе, принципи вршења) субјективних кривичнопроцесних права

Опет, свако субјективно право, с обзиром да је одређено, дато објективним правом и тако стављено у правни оквир, по логици ствари је ограничено.⁴⁸⁶ Субјективно право, дакле и процесно, представља могућност титулара права да се понаша на одређени начин, истовремено оно садржи и *границе могућности* његовог понашања.

⁴⁸³ D. Radulović, *Krivično procesno pravo*, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2009., 143.

⁴⁸⁴ Члан 155. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁴⁸⁵ Члан 213. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁴⁸⁶ N. Opatić, *Ibid.*

Постоје границе (принципи) који се односе на вршење субјективних права уопште. Самим тим оне важе и морају бити присутне и при вршењу субјективних кривичнопроцесних права, подједнако, неизоставно, иначе се процесно право претвара у процесну самовољу.

Границе вршења субјективних кривичнопроцесних права одређене су (или би требало да буду) у нормама објективног права, у Уставу, Законнику о кривичном поступку и другим законима који регулишу поступања учесника у кривичном поступку.

На овом нивоу еволуције правног поретка и кривичног процесног права ове границе су део процесног закона. Законик о кривичном поступку Србије (исто важи и за друге законе о кривичном поступку) не прописује *изричито* норме које ограничавају вршење субјективних процесних права, већ се то из њега може утврдити посредно, тумачењем одредаба закона.⁴⁸⁷ Оне би требало да буду предочене, јасно видљиве, изричите, међутим, у свим случајевима, најчешће, оне су уткане у појединачне норме процесног закона. Непотпуност таквог решења утиче на (не)ефикасност кривичнопроцесног регулисања. Нормирањем граница (принципа) вршења субјективних кривичнопроцесних права суд и учесници у поступку би добили нормативно прописани стандард понашања субјектата кривичнопроцесног правног односа.

Не постоји разлика између „граница субјективног права“ и „граница вршења субјективног права“. Објективна норма којом је право дато постоји *in abstracto* (апстрактно право), док субјективно право, па тако и субјективно процесно право постоји само *in concreto*, при његовом вршењу. Вршење права је вршење његове садржине.

Границе садржине (опште садржине) субјективног права имају једнородни карактер за групу субјективних права исте гранске припадности. Истовремено, ове границе су принципи вршења субјективних кривичнопроцесних права, који, уколико се прекрше, субјект поступа ван права, више не врши право, већ неправно. Дакле, термини „границе“ и „принципи вршења“ субјективних кривичнопроцесних права јесу и треба да буду употребљени као синоними. Било који принцип вршења права неминовно значи границу његовог остваривања, а свака граница истовремено може да буде окарактерисана као принцип вршења процесног права.

Принципе (границе) вршења субјективних кривичнопроцесних права треба разликовати од принципа кривичног процесног права, који имају општи карактер и важе, простиру своје деловање, на све институте кривичног поступка у целини. Принципи

⁴⁸⁷ С друге стране, у српском Закону о парничном поступку установљена је само општа обавеза лица да приликом вршења својих процесних права буду савесна.

вршења субјективних кривичнопроцесних права потчињени су општим принципима кривичног поступка и не могу да им противрече.

Овде се као логично поставља питање: који су то принципи које мора да испуни свака кривичнопроцесна радња вршења субјективног процесног права да би била *садржајно* ваљана? Другим речима, које су опште границе вршења субјективних процесних права које, уколико учесник у кривичном поступку прекорачи у вршењу права, правни поредак је неће третирати као ваљану, закониту, и неће јој пружи правну заштиту?

Уверени смо да је могуће утврдити следеће елементе садржине субјективних кривичнопроцесних права, који су истовремено и границе вршења субјективних процесних права. То су: 1) принцип вршења кривичнопроцесног права у складу са његовом наменом (циљем); 2) принцип вршења субјективног процесног права ради остварења законом заштићеног интереса; 3) принцип моралног вршења субјективног кривичнопроцесног права; 4) принцип сразмерног вршења субјективног кривичнопроцесног права; 5) принцип разумног вршења кривичнопроцесног права; 6) принцип примереног вршења кривичнопроцесног права; 7) принцип правичног вршења кривичнопроцесног права.

Ови елементи садржине (границе вршења) субјективних кривичнопроцесних права су, истовремено, и основи, конституенси, критеријуми, видови кривичнопроцесних злоупотреба.

Размотримо сваки од ових принципа.

3.4.1.1. Принцип вршења кривичнопроцесног права у складу са његовом наменом (циљем, сврхом)

Субјективна процесна права поверена су учесницима у кривичном поступку да би их користили у складу са њиховом наменом.⁴⁸⁸ Циљна намена је универзални критеријум за одређивање граница садржаја субјективног кривичнопроцесног права и његовог вршења.⁴⁸⁹ Циљна намена субјективног кривичнопроцесног права је указивање на

⁴⁸⁸ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 33-34.

⁴⁸⁹ Уп.: „Границе процесних права учесника кривичног судског поступка су дефинисане и законом одређене усмереношћу радњи сваког од учесника у кривичном поступку, која се може извести из њихових процесних одредаба и опште намене кривичног поступка, укључујући и циљно коришћење поверених права и овлашћења учесника у кривичном поступку“. И. В. Камышникова, *Сушность и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, „Правовые проблемы укрепления российской государственности“, Часть 51, Издательство Томского университета, 2011., 20-24.

циљеве постојања и вршења конкретног права. *Циљ је општи елемент садржине сваког субјективног права.*

Циљна намена права може да се утврди из општих циљева и задатака правног акта којим је право дато, а који се најчешће наводе у преамбули текста закона, односно у његовим општим одредбама. Општа циљна намена свих субјективних кривичнопроцесних права учесника у кривичном поступку одређена је у првој одредби првог члана Законика о кривичном поступку која гласи: овај законик утврђује правила чији је *циљ* да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.⁴⁹⁰ Универзална природа циљева и задатака консолидоване групе норми омогућава да се прошире на све одредбе те гране права. Овакав приступ кривичнопроцесне регулативе омогућава да се превазиђе прекомерни догматизам правног регулисања и подржава динамику и утицај права на друштвене односе.

Конкретна циљна намена није обавезан атрибут сваког субјективног процесног права. У представљању правне норме која овлашћује лица правима законодавац се углавном уздржава од директног указивања на њихову циљну намену (у противном нормативни правни акт би био преоптерећен). Са друге стране, у низу случајева законодавац изричито предвиђа циљну намену субјективног права, користећи за то или позитивни опис (тако, осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјал у корист одбране. *У циљу остваривања [овог] овлашћења осумњичени и његов бранилац имају право:* да разговарају са лицем које им може пружити податке корисне за одбрану и да од тог лица прибављају писане изјаве и обавештења, уз његову сагласност; да улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или просторе повезане са станом, уз пристанак њиховог држаоца; да од физичког или правног лица преузму предмета и исправе и прибаве обавештења којима оно располаже, уз његову сагласност, као и уз обавезу да том лицу издају потврду са пописом преузетих предмета и исправа;⁴⁹¹ или, лица која присуствују главном претресу, осим лица која обезбеђују суд и окривљеног, не смеју носити оружје или опасно оруђе, а у *циљу* провере да ли се придржавају забране, председник већа може наредити њихово претресање⁴⁹²), или негативан опис (тако, орган поступка одредиће

⁴⁹⁰ Члан 1. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁴⁹¹ Члан 301. Законика о кривичном поступку.

⁴⁹² Члан 369. став 5. Законика о кривичном поступку.

вештачење *када* је за утврђивање или оцену неке чињенице у поступку потребно стручно знање. Вештачење *се не може одредити ради* утврђивања или оцене правних питања о којима се одлучује у поступку⁴⁹³).

За прописивање конкретне циљне намене права у Законнику о кривичном поступку се користе формулације да се она могу вршити „... у сврху...“, „... у циљу...“, „... ради...“, „... када је потребно...“. Тако, испод рубрума: „Смештање у здравствену установу у *циљу* вештачења“ наведено је да судија за претходни поступак, председник претресног већа или судија појединац, по службеној дужности или на предлог странке или вештака, може решењем одредити смештање окривљеног у здравствену установу ако је то неопходно *за сврху* медицинског вештачења.⁴⁹⁴ Из овога се може утврдити да су за српског законодавца речи „циљ” и „сврха” – синоними.

Бројне су одредбе Законика о кривичном поступку у којима је изричито наведена конкретна циљна намена процесног права. Навешћемо само неке од њих. Тако, сви државни органи дужни су да јавном тужиоцу, суду или другом органу поступка, као и окривљеном и његовом браниоцу на њихов захтев, пруже потребну помоћ у *циљу* прикупљања доказа.⁴⁹⁵ У *циљу* утврђивања чињеница у поступку од осумњиченог се могу и без пристанка узети отисци папиларних линија и делова тела, букални брис и лични подаци, саставити лични опис и направити фотографија (форензичка регистрација осумњиченог).⁴⁹⁶ Приликом претресања, одузеће се привремено предмети и исправе који су у вези *са сврхом* претресања.⁴⁹⁷ Ако није у могућности да сам предузме радње [које ће му пружити потребне податке потребне да оцени да ли су вероватни наводи кривичне пријаве или ако подаци у пријави не пружају довољно основа да може да одлучи да ли ће спровести истрагу или ако је на други начин сазнао да је извршено кривично дело] јавни тужилац ће захтевати од полиције да прикупи потребна обавештења и да предузме друге мере и радње у *циљу* откривања кривичног дела и учиниоца.⁴⁹⁸ Ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, полиција је дужна да предузме потребне мере да се пронађе учинилац кривичног дела, да се учинилац или саучесник не сакрије или не побегне, да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ, као и да прикупи сва

⁴⁹³ Члан 113. Законика о кривичном поступку.

⁴⁹⁴ Члан 122. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁴⁹⁵ Члан 19. Законика о кривичном поступку.

⁴⁹⁶ Члан 140. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁴⁹⁷ Члан 153. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁴⁹⁸ Члан 282, став 4. Законика о кривичном поступку.

обавештења која би могла бити од користи за успешно вођење кривичног поступка. У циљу испуњења [ових] дужности, полиција може: да тражи потребна обавештења од грађана; да изврши потребан преглед превозних средстава, путника и пртљага; да за неопходно потребно време, а најдуже до осам часова ограничи кретање на одређеном простору; да предузме потребне мере у вези са утврђивањем истоветности лица и предмета; да распише потрагу за лицем и предметима за којима се трага; да у присуству одговорног лица прегледа одређене објекте и просторије државних органа, предузећа, радњи и других правних лица, оствари увид у њихову документацију и да је по потреби одузме; да предузме друге потребне мере и радње. О чињеницама и околностима које су утврђене приликом предузимања појединих радњи, а могу бити од интереса за кривични поступак, као и о предметима који су пронађени или одузети, саставиће се записник или службена белешка. По налогу јавног тужиоца полиција може у циљу испуњења [ових] дужности прибавити евиденцију остварене телефонске комуникације, коришћених базних станица или извршити лоцирање места са којег се обавља комуникација.⁴⁹⁹

Вршење субјективних процесних права не може да буде у колизији са њиховом функционалном наменом (оптужбе, одбране, суђења). Титулар права у вршењу права мора да има јасан циљ који жели да постигне вршењем одређеног субјективног права.

Намена субјективних процесних права јесте задовољавање стварних процесних и материјалних законом заштићених интереса учесника у поступку. Заштитни карактер кривичног процесног права условљава у целини заштитну намену свих субјективних кривичнопроцесних права. Процесна права дата су учесницима у поступку ради одбране и заштите својих нарушених или оспорних права и законом заштећених интереса. У истој мери, ова намена се односи и на оптуженог, који мора да има могућност да се заштити од оптужбе која је поднета против њега.

Циљна намена субјективног процесног права може да се формулише као једино могућа, иако је она у стварности много шириа. Тако, циљ права на одговор на оптужницу није само заштита права оптуженог од оптужбе, већ и брзо и правилно решење кривичне ствари.

Шта је циљно вршење права у кривичном поступку, а шта није – ствар је тумачења процесне норме. Приоритет у одређивању циљне намене субјективног права припада суду, који је при разматрању конкретног кривичног предмета дужан да провери да ли се субјективно право вршено у његовим утврђеним границама.⁵⁰⁰

⁴⁹⁹ Члан 286. Законика о кривичном поступку.

⁵⁰⁰ А. В. Юдин, *op. cit.*, 33-34.

Свесно кршење овог принципа и вршење субјективног процесног права од стране учесника у кривичном поступку ради постизања циља за који то право није намењено и на тај начин шкођење другим учесницима у поступку или самом поступку представља злоупотребу кривичнопроцесног права, односно незаконитост. Такав случај је, нпр., ситуација у којој тужилац поднесе суду приватну кривичну тужбу неистините садржине у намери да вођењем кривичног поступка против њега причини штету оптуженом. Такав је случај, такође, када оптужени и/или његов бранилац у конкретном случају подносе захтеве за изузеће судије, тужиоца, вештака или других лица не ради остварења субјективног процесног права на непристрасан суд, тужиоца, вештака, већ у циљу одуговлачења поступка.

3.4.1.2. Принцип разумног вршења кривичнопроцесног права

Разумност је иманентни део садржине субјективног процесног права. За вршење процесних радњи (субјективних процесних права) важи принцип разумности. Њих врше разумни људи ради постизања разумних циљева, остварења разумних правних интереса, у оквиру разумног кривичног поступка.

По мишљењу Д. Крапца разумност је неодвојиви део *садржине* кривичнопроцесне радње. Процесне радње које представљају изјаве воље морају да буду разумљиве. При томе је одлучан смисао радње, а не њено декларисање које може бити и погрешно (нпр., жалилац наведе исцрпне разлоге због којих пресуду побија због погрешно утврђеног чињеничног стања, али се у жалби позове само на битну повреду одредаба кривичног поступка као разлог побијања пресуде). Мане у једноставности могу се отклонити применом стандардних метода тумачења (интерпретације).⁵⁰¹

Е. В. Рябцева сматра да околност да је законодавац као основни принцип поступка прописао „разуман рок трајања кривичног поступка“ – не задовољава. Разуман рок трајања поступка је само један од елемената *разумности кривичнопроцесних радњи*, који укључује и друге аспекте. Принцип разумности, схваћен у савременој кривичнопроцесној науци само као принцип разумности дужине трајања поступка, који је установљен за суд, треба схватити као општи принцип кривичног процесног права, који се огледа и у вршењу других процесних радњи (на пример, у прикупљању, истраживању и оцени доказа, такође у другим случајевима када процесне норме

⁵⁰¹ D. Крапас, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, V. изменjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, studeni 2012., 257-259.

дозвољавају судску дискрецију). Под разумношћу, у опше-научном значењу, треба разумети код субјекта присутну способност спознаје, која подразумева нормалну активност његовог ума, усмерену на установљење, стављање у ред (регулативу), систематизацију и идентификацију унутрашњих и спољашњих веза ствари и појава. Она се заснива на архитектоници која омогућава да се изгради одређен систем знања ради избора варијанте понашања. Принцип разумности кривичног поступка се заснива на неопходности да се субјекти налазе у границама које искључују могућност злоупотребе субјективних права, и да своје радње ускладе са циљевима кривичноправних модела понашања учесника у кривичном поступку, правима, слободама и законитим интересима других лица, друштва и државе.⁵⁰²

Према А. В. Юдину принцип разумности вршења субјективних процесних права одражава степен концентрације интелектуалних и вољних напора процесног субјекта који врши своје право. Разумност карактерише усклађеност са циљем и основаност аката понашања при вршењу субјективног процесног права. Учесници у судском поступку морају сва субјективна процесна права која им припадају да врше разумно, на основу објективно дефинисаних захтева сложености процесне ситуације. Принцип разумности претпоставља да вршење процесних радњи (нечињења) мора да буде адекватно наступајућим последицама предвиђеним законом.⁵⁰³

У току кривичног поступка забрањена је и кажњива свака примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку.⁵⁰⁴

С друге стране, један од основних принципа кривичног поступка јесте дужност органа поступка да у складу са одредбама Законика о кривичном поступку *поучи окривљеног или другог учесника у поступку о правима која му припадају*. Ако би окривљени или други учесник у поступку услед незнања могао да пропусти неку радњу или не искористи своја права, орган поступка је дужан да *га упозори* на последице пропуштања.⁵⁰⁵ Принцип је затим конкретизован за сваку фазу поступка, за сваку процесну радњу којом се остварују права и дужности у поступку.⁵⁰⁶

⁵⁰² Е. В. Рябцева, *Реализация принципа разумности в уголовном процессе России*, електронски извор, доступно на <http://www.iuaj.net/node/463>, приступ 21.11.2014.

⁵⁰³ А. В. Юдин, *op. cit.*, 37-38.

⁵⁰⁴ Члан 9. Законика о кривичном поступку.

⁵⁰⁵ Рубрум „Поука о правима“, члан 8. Законика о кривичном поступку.

⁵⁰⁶ Тако, јавни тужилац и суд *упознаће оштећеног* са правима која има у кривичном поступку (члан 50. став 2. Законика о кривичном поступку). Ако јавни тужилац, за кривично дело за које се гони по службеној

Ова дужност односи се и на друге професионалне учеснике у поступку. Тако, бранилац је дужан да упозори окривљеног на последице одрицања или одустајања од

дужности, одбаци кривичну пријаву, обустави истрагу или одустане од кривичног гоњења до потврђивања оптужнице, дужан је да у року од осам дана о томе обавести оштећеног и да га поучи да може да поднесе приговор непосредно вишем јавном тужиоцу (члан 51. став 1. Законика о кривичном поступку). Ако након потврђивања оптужнице јавни тужилац изјави да одустаје од оптужбе, суд ће питати оштећеног да ли хоће да преузме кривично гоњење и заступа оптужбу. Ако оштећени није присутан, суд ће га у року од осам дана обавестити о одустанку јавног тужиоца од оптужбе и поучити да може да се изјасни да ли хоће да преузме гоњење и заступа оптужбу (члан 52. став 1. Законика о кривичном поступку). Орган поступка је дужан да пре првог саслушања окривљеног поучи о правима која има у кривичном поступку (члан 68. став 2. Законика о кривичном поступку). Окривљени може бити саслушан у одсуству браниоца ако се изричито одрекао тог права, ако уредно позвани бранилац није присутан иако је обавештен о саслушању, а не постоји могућност да окривљени узме другог браниоца или ако за прво саслушање окривљени није обезбедио присуство браниоца ни у року од 24 часа од часа кад је поучен о овом праву, осим у случају обавезне одбране; ако окривљени није поучен или му није омогућено да користи права која има у кривичном поступку, или изјава окривљеног о присуству браниоца није унета у записник или ако је саслушан у одсуству браниоца а није се изричито одрекао тог права, или ако је исказ окривљеног добијен противно одредби која се односи на збрану мучења, нечовечног поступања и изнуде у поступку, на исказу окривљеног не може се заснивати судска одлука (члан 85. став 4. и 5. Законика о кривичном поступку). После предаје наредбе о претресању, држалац стана и других просторија или лице на коме ће се претресање предузети позива се да добровољно преда лице, односно предмете који се траже; при том ће се поучити да има право да узме адвоката, односно браниоца који може присуствовати претресању (члан 156. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку). Кад се окривљени први пут позива, поучиће се у позиву о праву да узме браниоца и да бранилац може присуствовати његовом саслушању, о својим дужностима у поступку и о правилима о достављању окривљеном (члан 192. став 1. Законика о кривичном поступку). О одбацивању пријаве, као и о разлозима за то, јавни тужилац ће обавестити оштећеног у року од осам дана и поучити га о његовим правима, а ако је кривичну пријаву поднео орган полиције, обавестиће и тај орган (члан 284. став 2. Законика о кривичном поступку). Ако полиција у току прикупљања обавештења оцени да позвани грађанин може бити сматран осумњиченим, дужна је да га одмах поучи о правима окривљеног и о праву да узме браниоца који ће присуствовати његовом саслушању (члан 289. став 2. Законика о кривичном поступку). Ухапшени мора бити поучен о својим правима (члан 291. став 2. Законика о кривичном поступку). Јавни тужилац дужан је да ухапшеног који му је доведен поучи о његовим правима и да му омогући да у његовом присуству, уз коришћење телефона или другог електронског преносиоца порука обавести браниоца непосредно или посредством чланова породице или трећег лица чија истоветност јавном тужиоцу мора бити откривена, а ако је потребно и помогне му да нађе браниоца (члан 293. став 1. Законика о кривичном поступку). Истовремено са достављањем наредбе о спровођењу истраге осумњиченом и његовом браниоцу, јавни тужилац ће обавестити оштећеног о покретању истраге и поучити га о његовим правима (члан 297. став 3. Законика о кривичном поступку). Оштећеног који није поднео имовинскоправни захтев председник већа ће поучити његовим правима (члан 348. став 4. Законика о кривичном поступку). Након што је оптуженог поучио о његовим правима и дужностима, председник већа ће га позвати да се изјасни о оптужби (члан 349. став 3. Законика о кривичном поступку). Када није реч о обавезној одбрани, оптужени ће се у позиву поучити да има право да узме браниоца, али да се главни претрес неће одложити због недоласка браниоца на главни претрес или због тога што је оптужени узео браниоца тек на главном претресу (члан 355. став 3. Законика о кривичном поступку). Председник већа ће: поучити оптуженог о његовим правима и дужностима (чл. 68. и 70.), а посебно о праву да износи чињенице и предлаже доказе у прилог своје одбране, поставља питања саоптуженом, сведоку, вештаку и стручном саветнику, и ставља примедбе и даје објашњења у вези са изведеним доказима, и питати га да ли је поуку разумео (члан 389. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку). Ако је оштећени присутан, председник већа ће га поучити о његовим правима, а ако још није поставио имовинскоправни захтев, упутиће га да такав захтев може поставити у кривичном поступку (члан 389. став 3. Законика о кривичном поступку). Председник већа поучиће оптуженог да се може изјаснити о свим околностима које га терете и да може да изнесе све чињенице које му иду у корист и позвати оптуженог да изнесе одбрану (члан 397. став 1. Законика о кривичном поступку). По објављивању пресуде, председник већа ће поучити странке о праву на жалбу, као и о праву на одговор на жалбу (члан 426. став 1. Законика о кривичном поступку). Оптужени ће се у позиву [на главни претрес у скраћеном поступку] поучити да има право да узме браниоца, али да се, у случају кад одбрана није обавезна, због недоласка браниоца на главни претрес или узимања браниоца тек на главном претресу, не мора одложити главни претрес (члан 506. став 3. Законика о кривичном поступку).

права.⁵⁰⁷ Дакле, искључена је било каква могућност незнања непрофесионалног учесника у поступку о сопственим правима и дужностима. За професионалне учеснике поступка знање о сопственим процесним правима и дужностима се подразумева (претпоставља).

Овим смо управо доказали да је злоупотреба процесних права у кривичном поступку радња која се чини свесно.

Принцип разумности важи за све процесне радње свих учесника у поступку, дакле, и за орган поступка. Све одлуке органа поступка којима се одлучује о правима и обавезама других учесника у поступку (субјективна потестативна процесна права) морају да буду јасне, разумљиве и разумно образложене.⁵⁰⁸

Последица принципа разумности вршења кривичнопроцесних радњи, односно субјективних процесних права, јесте да се процесне радње (субјективна процесна права) учесника у поступку врше у *континуитету* и *концентрисано*. Концентрисаност радњи у вези је са структуром и ахитектоницом кривичног поступка и значи да се неке радње предузимају највише у одређеној фази поступка, а друге у другој фази, тако да пропуштање да се процесне радње предузму у одређеној фази поступка онемогућава

⁵⁰⁷ Члан 72 став 1 тачка 4. Законика о кривичном поступку.

⁵⁰⁸ Тако, примедбе и предлози странака у погледу записника, као и исправке и допуне записника, морају се забележити у наставку завршеног записника; у наставку записника забележиће се и *разлози због којих поједини предлози и примедбе нису усвојени*. (члан 240. став 4. Законика о кривичном поступку). *О одбацивању пријаве, као и о разлозима за то*, јавни тужилац ће обавестити оштећеног у року од осам дана и поучити га о његовим правима (члан 51. став 1.), а ако је кривичну пријаву поднео орган полиције, обавестиће и тај орган (члан 284. став 2. Законика о кривичном поступку). У записнику о главном претресу биће наведени *разлози због којих се* доказ изводи упознавањем са садржином записника о исказима сведока, саоптужених или већ осуђених саучесника у кривичном делу, као и записника о налазу и мишљењу вештака, а председник већа саопштиће да ли је сведок или вештак који је дао исказ положио заклетву (члан 406. став 3. Законика о кривичном поступку). У образложењу решења којим одбацује оптужницу суд се неће упуштати у оцену главне ствари, *него ће се ограничити на разлоге* за одбацивање оптужнице (члан 416. став 2. Законика о кривичном поступку). Писмено израђена пресуда мора потпуно да одговара пресуди која је објављена; пресуда мора имати увод, изреку и образложење (члан 428. став 1. Законика о кривичном поступку). У образложењу пресуде суд ће изнети *разлоге за сваку тачку пресуде* (члан 428. став 6. Законика о кривичном поступку). Ако је оптужба одбијена, у образложењу пресуде ће се суд ограничити само на *разлоге за одбијање оптужбе* (члан 428. став 7. Законика о кривичном поступку). У образложењу пресуде којом је оптужени ослобођен од оптужбе или је оглашен кривим, суд ће изнети чињенице које је утврдио у кривичном поступку и *из којих разлога их узима као доказане или недоказане, из којих разлога није уважио поједине предлоге странака*, дајући при томе нарочито оцену веродостојности противречних доказа, *којим разлозима се руководио при решавању правних питања, а нарочито при утврђивању да ли је оптужени учинио кривично дело и при примењивању одређених одредаба закона на оптуженог и кривично дело* (члан 428. став 8. Законика о кривичном поступку). Ако је оптужени ослобођен од оптужбе, у образложењу пресуде ће се навести и *из којих разлога се то чини* (члан 428. став 9. Законика о кривичном поступку). Ако је оптужени оглашен кривим, у образложењу ће се навести и које чињенице је суд узео у обзир при одмеравању казне, *којим разлозима се руководио* када је нашао да треба изрећи строжу казну од прописане, или да казну треба ублажити или оптуженог ослободити од казне, или да треба изрећи казну рада у јавном интересу или одузимање возачке дозволе, или да треба изрећи условно осуду или судску опомену или меру безбедности, или одузимање имовинске користи или одузимање имовине проистекле из кривичног дела или опозвати условни отпуст (члан 428. став 10. Законика о кривичном поступку).

њихово касније предузимање. То се не односи на радње доказивања, јер се сходно институту *beneficium novorum* докази могу изводити током целог кривичног поступка.⁵⁰⁹ Континуитет радњи значи да се оне предузимају у одређеном низу, по одређеном редоследу, да једна из друге произилазе, односно једна на другу се надовезују или се допуњавају, без обзира што свака од њих има своју посебност.⁵¹⁰

Разумност вршења је битна карактеристика како појединачне кривичнопроцесне радње учесника у кривичном поступку, тако и свих радњи тог процесног субјекта посматраних у укупности. Из овога произилази да је *доследност* битна карактеристика вршења кривичнопроцесне радње, па самим тим и субјективних процесних права.⁵¹¹ Процесне радње (субјективна процесна права) учесника у кривичном поступку врше се тако да накнадна није у супротности са претходном.

Принцип важи за сва субјективна процесна права свих учесника у поступку.

Свесно кршење овог принципа и вршење субјективног процесног права од стране учесника у кривичном поступку неразумно, недоследно, противречно и на тај начин шкођење другим учесницима у поступку или самом поступку представља злоупотребу кривичнопроцесног права, односно незаконитост. Такав случај је, нпр., ситуација у којој је суд оптуженом одредио притвор, али се у одлуци позвао само на одредбе процесног закона којима је прописано ово право, не дајући за своју одлуку и стварне, чињеничне разлоге. Или, такав је случај процесна ситуација у којој је бранилац предложио да се сведоци саслушају пред другим судом, те да се записници са њиховим исказима прочитају пред судећим судом, а када је суд путем међународне правне помоћи прибавио записнике са исказима сведока, успротивио се читању исказа позивајући се на принцип непосредности кривичног поступка.

3.4.1.3. Принцип моралног вршења кривичнопроцесног права

⁵⁰⁹ D. Radulović, *Krivično procesno pravo*, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2009., 142.

⁵¹⁰ *Ibid.*

⁵¹¹ У Законику о кривичном поступку постоје одредбе којима се третира недоследно процесно поступање учесника у кривичном поступку. Тако, ако оптужени одступи од свог раније датог исказа, председник већа упозориће га на то, упитати за разлоге одступања и, по потреби, одредиће по службеној дужности, или на захтев оптуженог да се раније дати исказ или део тог исказа прочита и репродукује његов оптички или тонски снимак (члан 397. став 4. Законика о кривичном поступку). Ако је потребно, а нарочито ако се исказ оптуженог дословно уноси у записник, председник већа може наредити да се тај део записника одмах прочита, а прочитаће се увек ако то захтева странка или бранилац (члан 397. став 5. Законика о кривичном поступку). Ако оптужени одбије да изнесе одбрану или да одговара на поједина питања, прочитаће се његов ранији исказ или део тог исказа или ће се репродуковати оптички или тонски снимак тог исказа (члан 397. став 6. Законика о кривичном поступку).

У теорији је неспорно да је објективни друштвени морал граница остваривања субјективних права. Титулар права треба да води рачуна да његово остваривање субјективног права буде у складу са објективним друштвеним моралом (*моралом у демократском друштву*).

Корени принципа налазе се у одредбама Устава Републике Србије у којима је наведено да је објективни друштвени морал граница, лимит остваривања основних права и слобода човека, тако, наведено је да се јавност може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, између осталог, 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.⁵¹² Такође, слобода испољавања вере или уверења може се ограничити законом, само ако је то неопходно у демократском друштву, ради заштите живота и здравља људи, *морала демократског друштва*, слобода и права грађана зајемчених Уставом, јавне безбедности и јавног реда или ради спречавања изазивања или подстицања верске, националне или расне мржње.⁵¹³ Такође, слобода изражавања може се законом ограничити, ако је то неопходно ради заштите права и угледа других, чувања ауторитета и непристрасности суда и заштите јавног здравља, *морала демократског друштва* и националне безбедности Републике Србије.^{514, 515} Најзад, слобода окупљања може се законом ограничити само ако је то неопходно ради заштите јавног здравља, *морала*, права других или безбедности Републике Србије.⁵¹⁶

Принцип важи како за материјалноправне, тако и за процесноправне односе.⁵¹⁷ Принцип моралног вршења процесних права важи и у кривичном поступку. Законик о

⁵¹² Члан 32 став 3 Устава Србије.

⁵¹³ Члан 43 став 3 Устава Србије.

⁵¹⁴ Члан 46 став 2 Устава Србије.

⁵¹⁵ Слободу мисли Устав гарантује уз слободу савести и вероисповести (чл. 43) као „слободу мисли.” Поред тога у посебном члану гарантује се „слобода мишљења и изражавања” (чл. 46) уз слободу да се траже, примају и шире обавештења и идеје на различите начине (говором, писањем, сликом или на други начин) (чл. 46. ст. 1). Обе уставне норме које гарантују слободу мисли су начелног карактера „јемчи се слобода мисли” (чл. 43 ст. 1) односно „јемчи се слобода мишљења” (чл. 46 ст. 1).

Ограничењу подлеже само слобода изражавања. Устав допушта могућност да ограничење ове слободе пропише закон у границама и обиму који Устав допушта у основним одредбама о људским правима (чл. 18 ст. 2 и чл. 20). Разлоге који могу бити основ за ограничење слободе изражавања утврђује Устав таксативним навођењем. Ограничење слободе изражавања могуће је само уколико је то неопходно ради: 1) заштите права и угледа других; 2) чувања ауторитета и непристрасности суда; 3) заштите јавног здравља; 4) заштите морала демократског друштва, и 5) националне безбедности Републике Србије. Вид.: М. Рајванчић, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd 2009., 63.

⁵¹⁶ Члан 54 став 4 Устава Републике Србије.

⁵¹⁷ Закон о парничном поступку Републике Србије (“Службени гласник Републике Србије”, бр. 72/2011, 49/2013 (Одлука Уставног суда), 74/2013 (Одлука Уставног суда), 55/2014.) садржи одредбу у којој је прописано да суд неће да дозволи располагања странака која су у супротности са принудним прописима, јавним поретком, *правилима морала* и добрим обичајима (члан 3. став 3. Закона о парничном поступку).

кривичном поступку не садржи одредбу која изричито прописује да суд неће да дозволи процесна располагања странака која су у супротности са правилима морала, међутим, то чини посредно, индиректно. Бројне су одредабе Законика о кривичном поступку у којима је изричито наведено да је објективни друштвени морал део садржине процесних радњи, односно, субјективних процесних права. Закон налаже да се о моралности кривичнопроцесних радњи мора посебно водити рачуна приликом реконструкције догађаја, претресања лица, када је реч о боравку лица у притвору, приликом прикупљања обавештења, односно давања података, приликом давања завршних речи учесника у поступку, доношења одлуке о одузимању предмета. О заштити интереса морала орган поступка мора се водити рачуна приликом предузимања сваке доказне радње, у току претреса пред првостепеним и другостепеним судом.⁵¹⁸

У такве норме може се убројати и одредба Законика о кривичном поступку, заједничка за све кривичнопроцесне законе (и оних система који изричито не познају на принцип забране злоупотребе кривичнопроцесних права) која регулише злоупотребу права на завршну реч и прописује најмање три вида процесне злоупотребе. Управо рубрум и формулација ове одредбе доказују да законодавац посматра објективни друштвени морал као обавезни елемент *садржине* субјективног процесног права. Тако, испод рубрума „садржај завршних речи“ наведено је, између осталог: председник већа

„Располагање“ овде треба тумачити тако да обухвата било који правни акт овлашћеног лица, како материјалноправни, тако и процесноправни (вид.: В. Познић, *Komentar Zakona o parničnom postupku*, Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama, Beograd 2009., 22).

⁵¹⁸ Тако, окривљени се саслушава усмено, са пристојношћу и уз пуно поштовање његове личности (члан 86. став 1. Законика о кривичном поступку). Реконструкција догађаја се не сме обавити на начин којим се *вређа јавни ред и морал* или се доводи у опасност живот или здравље људи (члан 137. став 2. Законика о кривичном поступку). Када се спроводи претресање лица, сведоци и лице које спроводи претресање морају бити лица истог пола као и лице које се претреса (члан 156. став 8. Законика о кривичном поступку). У току притвора не сме се *вређати личност и достојанство* притвореника (члан 217. став 1. Законика о кривичном поступку). Јавни тужилац, државни и други органи, односно правна лица дужни су приликом прикупљања обавештења, односно давања података да поступају обзириво, водећи рачуна да се не нашкоди *част и угледу лица* на које се ови подаци односе (члан 282. став 6. Законика о кривичном поступку). Предмети чије одузимање је по кривичном закону неопходно ради заштите интереса опште безбедности или *разлога морала*, одузеће се и кад се кривични поступак не заврши пресудом којом се оптужени оглашава кривим или решењем о изрицању мере безбедности обавезног психијатријског лечења (члан 535. став 1. Законика о кривичном поступку). Ако је то неопходно ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и *морала*, интереса малолетника, приватности учесника у поступку или других оправданих интереса у демократском друштву, орган поступка који предузима доказну радњу наредиће лицима која саслушава, односно испитује или која присуствују доказним радњама или разгледају списе истраге да чувају као тајну одређене чињенице или податке које су том приликом сазнала и упозориће их да одавање тајне представља кривично дело, у складу са законом (члан 304. став 1. Законика о кривичном поступку). Од отварања заседања, па до завршетка главног претреса, веће може, по службеној дужности или на предлог странке или браниоца, али увек након њиховог изјашњења, искључити јавност за цео главни претрес или за један његов део, ако је то потребно ради заштите: 1) интереса националне безбедности; 2) јавног реда и *морала*; 3) интереса малолетника; 4) приватности учесника у поступку; 5) других оправданих интереса у демократском друштву (члан 363. Законика о кривичном поступку).

може, после претходне опомене, прекинути лице које у својој завршној речи прекорачи одобрено време, или *вређа јавни ред и морал, или вређа другога*, или се упушта у понављање или излагање које очигледно није у вези са предметом, уз обавезу да у записнику о главном претресу наведе да је и због чега је завршна реч била прекинута.⁵¹⁹

На исти начин схватамо одредбе Законика о кривичном поступку којима је прописана санкција за неморално вршење субјективног процесног права на обраћање суду (сва субјективна процесна права тражења). То је учињено прописивањем опште дужности (обавезе) органа поступка да заштити свој углед и углед странака и других учесника у поступку од увреде, претње и сваког другог напада.⁵²⁰

Најзад, у одредбе Законика о кривичном поступку из којих посредно произилази да је објективни друштвени морал елемент садржине субјективног процесног права, а која се директно односи на злоупотребу процесног права и његово санкционисање, убрајамо одредбу у којој је наведено да окривљени мора имати браниоца ако се главни претрес одржава у његовој одсутности због неспособности коју је сам проузроковао – од доношења решења да се главни претрес одржи у његовој одсутности, па до правноснажности решења којим суд утврђује престанак неспособности за учествовање на главном претресу.⁵²¹

Дакле, у Законнику о кривичном поступку је изричито подвучено да је објективни друштвени морал неопходан елемент садржине кривичнопроцесних радњи вршења субјективних процесних права, односно процесноправних ситуација, али је очигледно да је објективни друштвени морал граница вршења *свих процесних права*, изван које титулар субјективног процесног права више не врши право, већ злоупотребу.

Свесно вршење субјективног процесног права од стране учесника у поступку радњом која је противна објективном друштвеном моралу, или има за исход неморалну последицу, и при том шкођење другим учесницима у поступку или самом поступку представља злоупотребу кривичнопроцесног права, односно неправо, незаконитост. Такав је случај, нпр., ситуација у којој орган поступка прибавља одбрану окривљеног

⁵¹⁹ Члан 413. став 6. Законика о кривичном поступку.

⁵²⁰ Орган поступка је дужан да свој углед и углед странака и других учесника у поступку заштити од увреде, претње и сваког другог напада. Суд ће казнити новчаном казном до 100.000 динара окривљеног, браниоца, пуномоћника, законског заступника, оштећеног, приватног тужиоца или оштећеног као тужиоца који у поднеску вређа тај орган или учесника у поступку. О кажњавању адвоката обавештава се надлежна адвокатска комора, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама. Одлуку о новчаном кажњавању из става 2. овог члана доноси суд. О жалби против решења којим је изречена новчана казна, одлучује веће. Жалба не задржава извршење решења. Ако јавни тужилац или лице које га замењује у поднеску вређа другог учесника у поступку, суд ће о томе обавестити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца (члан 231. Законика о кривичном поступку).

⁵²¹ Члан 74. став 1. тачка 5. Законика о кривичном поступку.

употребом принуде према њему, или, нпр., када полиција врши претресање лица на понижавајући начин, свлачећи га везаног лицицама до гола на очиглед других лица.

3.4.1.4. Принцип вршења кривичнопроцесног права ради остварења законом заштићеног интереса

Правни, односно законом заштићени интерес је неопходан елемент субјективног права, па тако и субјективног процесног права.⁵²²

У свакој кривичној ствари овај правни интерес је конкретан. Везан је за конкретан животни догађај, конкретну оптужбу, конкретног окривљеног.

Свесно вршење субјективног процесног права од стране учесника у кривичном поступку иза којег не стоји правни интерес, и при том шкођење другим учесницима у поступку или самом поступку представља злоупотребу кривичнопроцесног права, односно незаконитост.

Такав је случај, нпр., када је тужилац успео у спору, првостепени кривични поступак је окончан осуђујућом пресудом којом је окривљени оглашен кривим, изречена му је кривична санкција коју је управо тужилац предложио у завршној речи; тужилац врши злоупотребу субјективног права на жалбу тиме што се жали на одлуку о кривичној санкцији садржану у првостепеној пресуди и тражи од другостепеног суда да окривљеном изрекне тежу кривичну санкцију. Или, тужилац врши злоупотребу субјективног права на постављање питања када испитује оптуженог (сведока, вештака) на околности које се не тичу конкретне кривичне ствари (оптужења), већ су му одговори на питања битни за другу кривичну ствар коју води против истог или другог оптуженог у другом кривичном поступку. Шкођење, у овом случају штета састоји се у непотребном ангажовању ресурса судског система, у непотребно дугом трајању судског поступка.

3.4.1.5. Принцип сразмерног вршења кривичнопроцесног права

Садржину сваког субјективног права чини мера слободе делања овлашћеног правног субјекта дозвољена одредбама закона. Ова мера, квантум слободе долази посебно до изражаја када је реч о вршењу процесних овлашћења која се испољавају у задирању у права (правноинтересну сферу) других правних субјеката (потестативна

⁵²² О процесноправном, односно правном интересу у кривичном поступку говорили смо у првом делу, глава II, под насловом „4. О интересима у кривичном поступку“.

субјективна права). Неодвојиви елемент садржине таквих субјективних права је сразмерност у њиховом вршењу.

Другим речима, субјективно процесно право врши се само у оној мери у која је неопходна да се оствари законити процесноправни интерес титулара процесног права, без непотребног задирања или уз минимално неопходно задирање у правну сферу другог субјекта права.

Неки процесуалисти убрајају принцип сразмерности у основна начела кривичног поступка,⁵²³ повезана са функцијом одбране и заштитом основних права окривљеног.⁵²⁴ Принцип захтева постојање усклађености између законом прописаних мера ограничавања основних права и слобода грађана с тежином кривичног дела због којег се поступак води (апстрактна сразмера), као и усаглашеност примењених мера конкретном кривичном делу (конкретна сразмера). Примена овог принципа је неопходна јер ограничава примену различитих мера процесне принуде према окривљеном. Зато је и прихваћен како прописима међународног, тако и прописима унутрашњег права.

Принцип сразмерности вршења субјективних процесних права (као и субјективних права уопште) налази своје упориште у одредби Устава, у којем је под рубрумом „Ограничења људских и мањинских права“ наведено: „Људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права“.⁵²⁵

Принцип је затим конкретизован тако што је изричито прописан у законима који регулишу поступања учесника у кривичном поступку. Тако, Закон о полицији⁵²⁶ садржи одредбу у којој је наведено да је у обављању полицијских послова дозвољено примењивати само мере и средства принуде која су утврђена законом и којима се резултат постиже без или са што мање штетних последица по лице према коме се мере предузимају.⁵²⁷ Испод рубрума „Принцип сразмерности“ наведено је: примена полицијског овлашћења мора бити сразмерна потреби због које се предузима. Примена

⁵²³ M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, su *Diritto penale contemporaneo*, 2014, p. 1-30 (www.penalecontemporaneo.it) – lavoro destinato ad essere pubblicato anche nella Rivista Trimestrale *Diritto Penale Contemporaneo* 2015.

⁵²⁴ G. Tomašević, *Kazneno procesno pravo*, Opći dio: Temeljni pojmovi, Pravni fakultet u Splitu, Zavod za kaznenopravna i kriminološka istraživanja „Ivan Vučetić“, Elektronično izdanje, Split, 2009., 182-184.

⁵²⁵ Члан 20. Устава Републике Србије.

⁵²⁶ „Службени гласник РС“, бр. 6/2016 од 28.01.2016. године.

⁵²⁷ Члан 32. став 2. Закона о полицији.

полицијског овлашћења не сме изазвати веће штетне последице од оних које би наступиле да полицијско овлашћење није примењено. Између више полицијских овлашћења примениће се оно којим се задатак може извршити са најмање штетних последица и за најкраће време. Приликом примене средстава принуде настојаће се да њихова употреба буде поступна, односно од најлакшег према тежем средству принуде и, у сваком случају, уз минимум неопходне силе.⁵²⁸

Законик о кривичном поступку одређује сразмерност као основни принцип поступка одредбом у којој је наведено да пре доношења правноснажне одлуке о изрицању кривичне санкције, окривљеном могу бити ограничене слободе и права само у мери неопходној за остварење циља поступка, под условима прописаним тим законом.⁵²⁹ Затим га конкретизује у одредбама које се односе на одређивање и примену мера посебне заштите, одређивање мера за обезбеђење присуства окривљеног у поступку и за несметано вођење кривичног поступка, ограничења која се могу применити према притворенику.⁵³⁰

Довођењем у директну везу принципа сразмерности процесних овлашћења и прописивања и трајања мера процесне принуде законодавац је настојао да ограничи процесну принуду. Из тога се може закључити да је сразмерна, дакле и прихватљива, она процесна принуда (вршење субјективног процесног права) која је, у конкретном случају, примерена, нужна и избалансирана. Примерена је само она процесна принуда којом се може остварити жељени циљ (интерес), а не било која законом предвиђена процесна

⁵²⁸ Члан 68. став 1-4. Закона о полицији.

⁵²⁹ Члан 10. став 1. Законика о кривичном поступку („Службени гласник Републике Србије“ број 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014).

⁵³⁰ Тако, меру посебне заштите којом се окривљеном и његовом браниоцу ускраћују подаци о истоветности заштићеног сведока суд може изузетно одредити ако након узимања изјава од сведока и јавног тужиоца утврди да је живот, здравље или слобода сведока или њему блиског лица у тој мери угрожена да то оправдава ограничење права на одбрану и да је сведок веродостојан (члан 106. став 2. ЗКП). Приликом одлучивања о мерама посебне заштите суд ће водити рачуна да се одређује тежа мера само ако се сврха не може постићи применом блаже мере (члан 106. став 4. Законика о кривичном поступку). Приликом одређивања мера за обезбеђење присуства окривљеног у поступку и за несметано вођење кривичног поступка (позив; довођење; забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем и посећивања одређених места; забрана напуштања боравишта; јемство; забрана напуштања стана; притвор) орган поступка ће водити рачуна да се не примењује тежа мера ако се иста сврха може постићи блажом мером (члан 189. став 1. Законика о кривичном поступку). Мера за обезбеђење присуства окривљеног у поступку и за несметано вођење кривичног поступка укинуће се и по службеној дужности кад престану разлози због којих је одређена, односно замениће се другом блажом мером кад за то наступе услови (члан 189. став 3. Законика о кривичном поступку). Притвор против окривљеног се може одредити само под условима предвиђеним у кривичнопроцесном закону и само ако се иста сврха не може остварити другом мером (члан 210. став 1. Законика о кривичном поступку). Према притворенику се могу примењивати само она ограничења која су потребна да се спрече бекство, подстрекавање других лица да униште, сакрију, измене или фалсификују доказе или трагове кривичног дела и непосредни или посредни контакти притвореника усмерени на утицање на сведоке, саучеснике или прикриваче (члан 217. став 2. Законика о кривичном поступку).

принуда. Нужна је она процесна принуда која је међу примереним мерама принуде најблажа. Уравнотежена (балансирана) је процесна принуда која одговара конкретном случају. Може се, дакле, закључити како да је правно утемељена (*законита*) примена само оне мере процесне принуде која је примерена, нужна и избалансирана.

Прихватање принципа сразмерности, којим се уствари покушава да оствари равнотежа између општих интереса изражених кроз делотворност кривичног поступка и интереса заштите основних људских права која се могу повредити у кривичном поступку, условљава и неке друге правне последице. Приликом примене мера процесне принуде мора се водити рачуна о томе да се непотребно не повреде права трећих лица, те да примена мере буде обустављена, и то по службеној дужности, чим се оствари њен циљ или када се покаже да она за достизање циља није примерена.⁵³¹

Принцип сразмерности процесних права садржан је и у другим кривичнопроцесним одредбама које се односе на садржину процесних радњи, тако, онима које се односе на садржину записника, уводна излагања учесника у поступку, трајање завршних речи.⁵³²

Свесно вршење субјективног процесног права од стране учесника у поступку противно принципу сразмерности, и при том шкођење другим учесницима у поступку или или самом поступку представља злоупотребу кривичнопроцесног права, односно неправо, незаконитост.

Такав случај је, нпр., ситуација у којој је суд оптуженом одредио притвор, иако се исти интерес (присуство окривљеног у поступку) у конкретном случају могао остварити и одређивањем јемства, које је и понуђено од одбране.

3.4.1.6. Принцип правичног вршења кривичнопроцесног права

⁵³¹ G. Tomašević, *op.cit.*, 182-184.

⁵³² Тако, записник (о предузетој процесној радњи који саставља орган поступка) треба да садржи битне податке о току и садржини предузете радње. У записник се у облику приповедања бележи само битна садржина датих исказа и изјава. Питања се уносе у записник само ако је потребно да се разуме одговор. Кад орган поступка оцени да је потребно или на захтев странака или браниоца, у записник ће се дословно унети питање које је постављено и одговор који је дат. У случају злоупотребе, ово право им се може ускратити (члан 233. став 2. Законика о кривичном поступку). Уводна излагања морају бити сажета и односити се само на чињенице које ће бити предмет доказивања, на излагање доказа које ће странака извести и на правна питања о којима ће расправљати. Председник већа може уводна излагања ограничити на одређено време и прекинути странку и браниоца ако прекорачи дато време или излаже изван допуштеног садржаја (члан 393. став 2. и 3. Законика о кривичном поступку). Председник већа може, након изјашњења странака, одредити трајање завршних речи (члан 412. став 4. Законика о кривичном поступку).

Све је више процесуалиста који принцип правичности сматрају примарним, основним принципом кривичног поступка, дајући му првенство над свим осталим принципима.⁵³³

Право на правично суђење предвиђено је Универзалном декларацијом о људским правима, као једно од основних људских права. У члану 8. Декларације предвиђено је право свакога на ефикасни правни лек, док се у члану 10. предвиђа право на правично суђење пред независним и непристрасним судским телом. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, осим гаранција које пружа у погледу заштите права на слободу изражавања, право окупљања и удруживања, такође предвиђа заштиту права на правично суђење. У члану 14. Пакта предвиђа се право свих на непристрасно и јавно суђење, претпоставка невиности, право на суђење на језику који странка у поступку разуме, као и право да затражи од више судске инстанце преиспитивање одлуке донете на нижем нивоу. Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода у члану 6. предвиђа право на правично суђење. Конвенција предвиђа да свако лице има право на: 1) правичну и јавну расправу (о његовим/њеним грађанским правима или кривичној оптужби), пред независним и непристрасним судским телом, у разумном року; 2) претпоставку невиности, док се не докаже његова/њена кривица на основу закона. У ставу 3. члана 6. Конвенције предвиђа се да свако ко је оптужен да је починио кривично дело има право да: 1) на језику који разуме буде информисан о природи дела које му се ставља на терет; 2) има довољно времена и могућности да припреми одбрану; 3) да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере; 4) испитује сведоке; 5) добије бесплатну помоћ преводиоца, ако не разуме или не говори језик који се употребљава на суду.

⁵³³ „Не случајно, начело правичног поступка дефинисано је чланом 1. став 1. Законика о кривичном поступку. Овај законик утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.

Јасно је, да се најпре требало поћи од чињенице да је кривични поступак уређен систем чији је циљ да се расправи и реши одређена кривична ствар, односно да се на основу потпуно утврђеног чињеничног стања примени правна норма, те да се однос према учиниоцу кривичног дела и државе, којој припада монопол кажњавања мора поставити тако да се право мора применити правично према свима. Значај овог начела, које данас има примат над начелом утврђивања материјалне истине, јасан је из саме чињенице да је оно сврстано у међународно право о правима човека, као и у готово све, савремене кривичнопроцесне системе.

Са друге стране, овом кривичнопроцесном нормом је најпре грађанима обезбеђена сигурност од неједнаког третмана у поступку те ограничавања права окривљеног као странке у кривичном поступку те одређено да утврђивање кривице мора бити утврђено на основу законито и правично спроведеног кривичног поступка“. Вид.: М. Nicević, А. R. Ivanović, *Osvrt na pravo na pravično suđenje u svetlu odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Pravne teme, Godina 1, Broj 2, 1-11.

Принцип је нормиран одредбом Устава Републике Србије у којој је под рубромом „Право на правично суђење“⁵³⁴ наведено: свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега.

Принцип је садржан у првом ставу првог члана Законика о кривичном поступку у којем је наведено да тај закон утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и *правично* спроведеног поступка.⁵³⁵

Принцип је доследно спроведен и у осталим одредбама Законика о кривичном поступку, тако, разлози правичности су садржани у свакој одредби Законика о кривичном поступку, али ће се о њима посебно водити рачуна при доношењу одлуке о раздвајању кривичног поступка за поједина кривична дела или против појединих окривљених,⁵³⁶ када се суди окривљеном,⁵³⁷ када му се поставља бранилац, иако не постоје разлози за обавезну одбрану,⁵³⁸ када му се одређује притвор у току првостепеног поступка или након изрицања пресуде,⁵³⁹ приликом доношења одлуке о кажњавању,⁵⁴⁰ одлуке о повраћају у пређашње стање,⁵⁴¹ одлуке о одбацивању кривичне пријаве.⁵⁴²

Међутим, ако окривљени има право да му буде суђено правично,⁵⁴³ дакле, право на правичан кривични поступак, из овога произилази да све судске радње вођења поступка и све процесне радње одлучивања морају да буду *правичне*. Поступак није правичан уколико процесне радње учесника у поступку у радњи вршења или у последици која је исходила вршењем нису правичне.

Из свега наведеног може се утврдити да је *правичност елемент, део садржине субјективног процесног права*. Вршење субјективних процесних права учесника у кривичном поступку мора бити правично по радњи извршења или по процесној последици којој се тежило.

⁵³⁴ Члан 32 Устава Републике Србије.

⁵³⁵ Члан 1. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁵³⁶ Члан 31. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁵³⁷ Члан 68. став 1. тачка 5. Законика о кривичном поступку.

⁵³⁸ Члан 77. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁵³⁹ Члан 211. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

⁵⁴⁰ Члан 101. став 1., члан 115. став 2., члан 141. став 3. и 5., члан 148. став 2., члан 193. став 4., члан 282. став 1. и 2., члан 384. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁵⁴¹ Члан 226. Законика о кривичном поступку.

⁵⁴² Члан 284. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁵⁴³ Члан 68. став 1. тачка 5. Законика о кривичном поступку.

Право на правичан поступак није бенефиција само окривљеног. Принцип правичности поступка је општи принцип кривичног поступка. Правичност судског поступка је принцип који прожима цео поступак, од прве процесне радње до његовог окончања и односи се на све процесне радње свих учесника у поступку. Зато ми овај принцип не схватамо једнострано, као право резервисано искључиво за окривљеног. Принцип правичности кривичног поступка важи за цео кривични поступак и за све учеснике у поступку.

Свако вршење субјективног процесног права од стране учесника у кривичном поступку процесном радњом која је неправична у вршењу или у последици, и на тај начин потенцијално или реално шкоди другим учесницима у поступку, доводећи их у за њих неповољне процесноправне ситуације, или шкоди самом поступку, представља злоупотребу кривичнопроцесних права, односно неправо, незаконитост.

Такав случај је, нпр., процесна ситуација у којој је суд тако организовао главни претрес да је странке поставио у битно различите ситуације, тужиоцу је омогућио да нормално и несметано комуницира са судом, а оптуженом и његовој одбрани је наменио место у удаљеном делу суднице са којег не може без тешкоћа да прати суђење, да несметано комуницира са судом и да се делотворно брани. Или, нпр., такав је случај у којем је суд, одлучујући према више лица која су у потпуно истој процесној ситуацији, одлучио да према некима од њих укине притвор, а према другима одбио предлог за укидање притвора (друга одлука је процесна злоупотреба јер је неправична у односу на прву).

3.4.1.7. Принцип примереног вршења кривичнопроцесног права

У непосредној вези са принципом правичног и принципом разумног вршења кривичнопроцесних права је и принцип примереног вршења субјективних процесних права.

Кривични поступак је специфичан правни однос у којем се налазе учесници у поступку. Он има свој почетак, своје фазе, свој завршетак; у току трајања поступка различити учесници у поступку имају различити фонд права и обавеза. Све ово регулисано је Закоником о кривичном поступку. Кривични поступак је само-свој систем који има своје „улазе“, „излазе“, учеснике који доносе одлуке о вршењу својих права и

обавеза, канале комуникација између њих, средства. Ако нам је дозвољена компарација, може се рећи да је сваки кривични поступак својеврсна „виртуелна стварност“.⁵⁴⁴

У тој виртуелној стварности, да би била законита и правична, мора се свим учесницима у поступку дозволити да диспонирају својим правима у мери у којој им је то дато нормама процесног закона.

Утемељење принципа налази се у члану 4. француске Декларације о правима човека и грађанина, у одредби у којој је прописано: „Слобода се састоји у могућности да се чини све оно што не штоди другоме: тако, вршење природних права сваког човека нема граница, осим оних које обезбеђују другим члановима друштва уживања ових истих права“. Налази се у одредби члана 153. став 1-3. Устава СФРЈ из 1974. године: „Слободе и права човека и грађанина, утврђени овим Уставом, остварују се у међусобној солидарности људи и испуњавањем дужности и одговорности сваког према свима и свих према свакоме. Слободе и права човека и грађанина ограничени су само једнаким слободама и правима других и Уставом утврђеним интересима [...] заједнице. Свако је дужан да поштује слободе и права других и одговоран је за то“. Најзад, његово утемељење је у правилу опште теорије злоупотребе права да се субјективна права врше на начин који је најмање тегобан за друге учеснике у правном односу; уколико постоји више алтернативних начина вршења субјективног права, биће вршено на онај начин који није или је мање тегобан за другог учесника у правном односу.

Вршење субјективних процесних права има своју временску и просторну димензију,⁵⁴⁵ такође, подређено је и захтевима фазе поступка или захтевима својства лица титулара права.⁵⁴⁶ Већ смо навели⁵⁴⁷ да је концентрисаност вршења

⁵⁴⁴ „Кривични поступак ствара виртуелну стварност, која се разликује од живота“. С. А. Пашин, *Проблема судебной ошибки*, електронски извор, доступно на

<http://artshamardin.narod.ru/files/students/sudoustr/article/25.doc>, приступ 19.4.2014.

⁵⁴⁵ Тако, претресање се врши по правилу дању, а изузетно и ноћу, односно између 22 и 6 часова, ако је дању започето па није довршено или је то одређено наредбом за претресање (члан 157. став 1. Законика о кривичном поступку); главни претрес се одржава непрекидно током радног времена једног или више узастопних радних дана (члан 385. став 2. Законика о кривичном поступку); ... председник већа може прекинути главни претрес због: одмора; истека радног времена; прибављања одређених доказа у кратком року; припремања оптужбе или одбране; других оправданих разлога (члан 368. став 1. Законика о кривичном поступку.).

⁵⁴⁶ Тако, судија или судија-поротник биће изузет од судијске дужности у одређеном предмету из конкретних разлога, или ако постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност (члан 37. Законика о кривичном поступку); бранилац не може бити лице које је сродству или живи у ванбрачној или другој трајној заједници живота са саокривљеним, оштећеним или тужиоцем, или је као сведок позвано на главни претрес, или је у истом предмету поступало као судија, јавни тужилац, заступник оштећеног, службеник полиције или друго лице које је предузимало радње у предистражном поступку, лице које је бранилац саокривљеног који се у истом предмету терети за исто кривично дело, осим ако орган поступка закључи да то не би штетило интересима одбране (члан 73. став 2. Законика о кривичном поступку).

⁵⁴⁷ Види ову главу, наслов „3.4.1.2. Принцип разумног вршења кривичнопроцесног права“.

кривичнопроцесних права у вези са структуром и ахитектоником кривичног поступка и значи да се неке радње предузимају највише у одређеној фази поступка, а друге у другој фази, тако да пропуштање да се процесне радње предузму у одређеној фази поступка онемогућава њихово касније предузимање.⁵⁴⁸ Вршење ових права најчешће је везано за рокове (изузетак је *beneficium novorum*). Међутим, ова права могу бити везана и за потпуну или делимичну *посебну* дозвољеност у зависности од фазе поступка. Тако, право тужиоца да измени оптужни акт је целовито, потпуно и по форми и по садржини у фази првостепеног поступка, али је редуковано по садржини у фази главног претреса пред другостепеним судом; у тој фази поступка тужилац може да измени оптужбу, али само у корист оптуженог. Постоје фазе кривичног поступка у којима тужилац не може да измени оптужбу.

С друге стране, вршење истог субјективног права у одређеној фази поступка може бити безусловно, а у другој условљено постојањем законом предвиђених околности. Пример је опет право тужиоца на одустанак од оптужбе, за шта му у фази првостепеног главног претреса не треба сагласност оптуженог, док му је она за исту процесну радњу потребна у фази главног претреса пред другостепеним судом.⁵⁴⁹

Све је ово прописано Закоником о кривичном поступку *не само* да би титулар субјективног процесног прва апсолвирао своје право у потпуности, квантитативно и квалитативно, *већ да би и други учесници у поступку могли да реализују своја субјективна процесна права у потпуности у складу са законом, правично, у разумном року.*

Неодбојив елеменат садржине субјективних процесних права и њиховог вршења је њихова примереност у односу на интересе поступка, права других учесника у поступку и трећих лица. Другим речима: субјективна процесна права се врше на начин којим се не повређују права других учесника у поступку; уколико постоји могућност избора начина остварења законитог интереса титулара права, субјективно процесно право ће се вршити на начин којим се најмање или уопште не задире у интерес поступка, законите интересе других учесника у поступку или трећих лица (јер су законити интереси других учесника у поступку граница вршења права титулара).⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ D. Radulović, *Krivično procesno pravo*, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2009., 142.

⁵⁴⁹ Члан 450. став 5. Законика о кривичном поступку: Овлашћени тужилац може, с обзиром на резултат претреса [пред другостепеним судом], изменити оптужницу у корист оптуженог или, ако се оптужени сагласи, у целини или делимично одустати од оптужбе.

⁵⁵⁰ Уп.: „Активности учесника у кривичном поступку у најопштијем виду, на основу сврхе кривичног поступка и у складу са принципом заштите права и слобода човека и грађанина, морају да се ставе у везу са поштовањем права и слобода свих учесника у кривичном поступку у целини. Сходно томе, једна од граница субјективних процесних права сваког од њих су објективно заштићена права и овлашћења других

Принцип важи за сва субјективна процесна права, како за права тражења, права учесника у поступку чије вршење (реализација) непосредно зависи од санкционисања (дозволе) органа поступка (суда), тако и за потестативна субјективна процесна права.

Српски Законик о кривичном поступку познаје овај принцип, али не изричито, већ посредно, кроз норме којима је, у *ситуацији више могућности, обавеза титулара права да се уздржи од избора оних које су посебно тегобне за друге учеснике у поступку или трећа лица* (тако, реконструкција догађаја не сме се обавити на начин којим се вређа јавни ред и морал или се доводи у опасност живот или здравље људи,⁵⁵¹ претресање се врши обазриво, уз поштовање достојанства личности и права на интимност и без непотребног ремећења кућног реда;⁵⁵² лице коме је [...] дозвољено разматрање и преписивање списка који се односе на неосновано лишење слободе или на неосновану осуду, не може употребити податке из тих списка на начин који би био од штете за остваривање права неосновано ухапшеног или неосновано осуђеног⁵⁵³), или је одобрио такве начине вршења права јер не постоје поштеднији, уз обавезу органа поступка да пре него одобри право тражења странке, провери да ли постоји поштеднији начин и у том случају санкционише право одбијањем (тако, посебне доказне радње могу се одредити према лицу за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело [...], а на други начин се не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано; посебне доказне радње се изузетно могу одредити и према лицу за које постоје основи сумње да припрема неко од кривичних дела [...], а околности случаја указују да се на други начин кривично дело не би могло открити, спречити или доказати или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност; приликом одлучивања о одређивању и трајању посебних доказних радњи орган поступка ће посебно ценити да ли би се исти резултат могао постићи на начин којим се мање ограничавају права грађана⁵⁵⁴).

Дакле, ми овај принцип називамо принципом примереног вршења процесног права. Принцип гласи: *субјективна процесна права се врше на начин којим се не повређују права других учесника у поступку; ако постоје алтернативни начини,*

учесника у кривичном поступку”. Вид: И. В. Камышникова, *Сушность и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, „Правовые проблемы укрепления российской государственности“, Часть 51, Издательство Томского университета, 2011., 20-24.

⁵⁵¹ Члан 137. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁵⁵² Члан 157. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁵⁵³ Члан 587. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁵⁵⁴ Члан 161. Законика о кривичном поступку.

субјективно процесно право врши се примерено, на онај који је најмање тегобан за права других учесника у поступку или трећих лица.

Свако свесно вршење субјективног процесног права од стране учесника у кривичном поступку процесном радњом која потиरे процесно право другог учесника у поступку, или знатно отежава његово вршење, и на тај начин му шкоди, а постојао је начин да титулар свој интерес оствари и начином вршења права који је мање тегобан за другога, није вршење процесног права већ процесна злоупотреба, односно неправо, незаконитост.

Такав случај је, нпр., процесна ситуација у којој тужилац након завршеног доказног поступка суштински измени оптужницу, и на тај начин потпуно дискредитује право на одбрану окривљеног (а могао је да измену оптужнице изврши и раније, када то не би било тако тегобно по одбрану окривљеног). Или, такав је случај, нпр., када суд одлучи да суђење траје непрекидно десетине сати, узме одбрану оптуженог у току ноћи, и на тај начин дискредитује право на одбрану јер оптужени због умора није могао да се делотворно брани (а могао је да суђење организује и на други начин, у више дана са прекидима за одмор, што би било мање тегобно за одбрану оптуженог).

4. Вршење радње злоупотребе кривичнопроцесног права

Наведени принципи су елементи садржине сваког субјективног процесног права. Они су, истовремено, границе вршења процесних права.

Ако све ово знамо и прихватамо – како се врши злоупотреба субјективних кривичнопроцесних права?

Злоупотреба се никада не састоји у самом имању права, у његовом припадању титулару.⁵⁵⁵

Вршење права представља увек остваривање оне могућности коју правни поредак признаје титулару ради задовољења неког интереса. Да би се радило о злоупотреби права, потребно је да радња у конкретном случају одговара законском опису процесне

⁵⁵⁵ „Не злоупотребљава се право на одбрану, злоупотребљава се моћ која представља манифестацију тог права: и у сваком случају мора да постоји власт чије вршење постулира постојање мере слободног избора, мере дискреције. И ово је закључак који се обично прави у том погледу: што су шире границе дискреције одобрене странкама у вршењу њихових овлашћења, то је већи ризик од злоупотребе“. Вид.: F. Caprioli, *Esposizione autorizzato prof. Francesco Caprioli, Seminario di studio "L'abuso del processo"* del 9 novembre 2012., Camera Penale Veneziana "Antonio Pognici", Bollettino 2013 primo numero speciale.

могућности која чини садржину права. Злоупотреба настаје у остварењу те могућности, или у тражењу да се она оствари.

Процесна злоупотреба се врши материјализацијом процесне радње злоупотребе у *конкретном случају*. До материјализације долази радњама вршења права или припремама за вршење. Ово важи за све видове процесних злоупотреба. За постојање шиканозног вршења права сама намера шкођења није довољна – потребно је да се она на неки начин *материјализује*, оспољи. Исто важи за бескорисност, противциљност, непримереност, итд.: *њихова материјализација вршењем у конкретном случају представља злоупотребу права*.

Вршење права значи остваривање његове садржине.

Сва субјективна права не врше се једнако, на исти начин. Већ смо навели на који начин се субјективна права деле према *садржини овлашћења* (по начину вршења). Ове разлике између субјективних процесних права с обзиром на њихову садржину и садржини сходан начин вршења јасно се уочавају и код сваког *вида* злоупотребе процесних права.

Субјективна кривичнопроцесна права власти злоупотребљавају се тако што се у намери шкођења спроводи воља на објекту права (нпр., тако што окривљени у конкретној кривичној ствари, у намери да му нашкоди, својом одбраном лажно оптужује саокривљеног или треће лице), или ову вољу спроводи непримерено, или противно циљу због којег му је право дато (или по више критеријума злоупотребе, нпр., када се субјективно процесно право на формалну одбрану злоупотребљава честим опозивом од стране оптуженог пуномоћја за одбрану браниоцу, најчешће у „невреме“, непосредно пред суђење, или у току самог суђења, са захтевом да суд одложи суђење ради избора другог браниоца, јер наводно није задовољан одбраном актуелног браниоца, а све у циљу одуговлачења поступка).

Субјективна процесна права тражења злоупотребљавају се тако што се, у конкретном случају, у намери шкођења захтева неко понашање од другог (нпр., у конкретној ствари предајом приватне кривичне тужбе неистините садржине суду са захтевом да суд изведе доказе, огласи оптуженог кривим и осуди га на казну, све у намери да се оптуженом нанесе штета), или када се туђе понашање захтева противно циљу због којег је захтев признат (нпр., када се у конкретном случају суду предложи извођење доказа саслушањем сведока, али не зато што је сведочење битно за решење кривичне ствари, већ у циљу одуговлачења поступка, јер ће суд потрошити време на налажење и саслушање тих сведока; или, нпр., злоупотребом субјективног процесног

права на непристрасан суд подношењем од стране одбране неоснованих захтева за изузеће судије, судије-поротника, јавног тужиоца, његовог заменика, не ради њиховог изузећа из конкретне кривичне ствари, већ у циљу да би се одлучивањем о овим захтевима одуговлачио кривични поступак), или непримерено (нпр., злоупотреба непримереним вршењем субјективног процесног права на измену оптужнице – када у конкретном случају јавни тужилац након завршеног доказног поступка битно измени оптужницу у чињеничној и правној квалификацији дела, шкодећи тако праву окривљеног на одбрану, а могао је да то учини раније, када је то за окривљеног мање тегобно).

Преображајна субјективна процесна права злоупотребљавају се тако што се, у конкретном случају, у намери шкођења изјави воља да настане правна промена, или се врше без правног интереса (нпр., када суд одреди притвор против оптуженог ради његовог обезбеђења у поступку, а да му присуство оптуженог у поступку уопште није потребно да би решио конкретну кривичну ствар), или се воља изјављује ради правне промене противно циљу тог права, или неморално, или неправично, или се воља изјављује на начин који је несразмеран потреби за задовољење титуларевог интереса (нпр., када суд у конкретној ствари одреди притвор против окривљеног, иако се иста сврха могла постићи и блажом мером обезбеђења присуства окривљеног у поступку, рецимо, полагањем јемства које је понуђено од стране одбране).

Субјективна процесна права учешћа злоупотребљавају се тако што се у намери шкођења или противциљно суделује у каквом поступку одлучивања, или – једноставно – у поступку (нпр., када се у конкретном случају јавност у судници, лица која имају пасивно субјективно процесно право да присуствују суђењу у својству опште јавности користе од стране окривљеног, браниоца, оштећеног, пуномоћника ради опструкције рада суда, притиска на суд, изигравања процесних радњи суда, а не ради праћења суђења).

У неким случајевима злоупотреба постоји само ако се радња вршења права заиста и изврши (нпр., када се оптужни акт измени на непримерен начин, битно у чињеничном и правном опису, непосредно након окончања доказног поступка, а то је могло да се уради другачије, када је мање тегобно за одбрану и суд; или, нпр., када се оптуженом одреди притвор, иако суд нема правног интереса да то учини јер кривичну ствар може да реши и у одсуству оптуженог).

Међутим, злоупотребом права у другим случајевима не назива се предузимање неке материјалне радње, већ тражење, захтевање будуће радње другог лица или суда, или захтевање титулара од другог или суда да му се омогући да изврши радњу (нпр.,

тражење да се у току поступка саслушају у својству сведока лица која не постоје, или чије адресе су непостојеће, све у циљу одуговлачења поступка; или, нпр., тражење да се пред судом ипак непосредно саслушају сведоци држављани других држава за које је раније постигнута сагласност да се њихови искази прибаве замолним путем пред судовима тих других држава, што је и учињено – процесни *venire contra factum proprium*).

Осим радње којом се врши право и понашање које је узрочно повезано са стицањем права може бити злоупотреба (у случају *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, односно у случајевима злоупотребе неморалним вршењем кривичнопроцесног права, нпр., када орган поступка у конкретном случају употреби принуду ради прибављања одбране окривљеног).

С друге стране, пак, у неким случајевима злоупотребу представља управо непотпуност или недореченост процесне радње вршења права. Ова околност карактеристична је за случајеве злоупотреба неразумним вршењем потестативних субјективних процесних права у којима или потпуно недостаје разумност, *ratio* вршења права, или је он деформисан, неразумљив.

Субјективна процесна права-дужности се, осим на описани начин (активно, чињењем) злоупотребљавају неоснованим невршењем, односно, нечињењем, пропуштањем (нпр., окривљени врши злоупотребу права-дужности на суђење у присуству неоснованим, правно неприхватљивим изостанком са главног претреса, односно, невршењем права на суђење у присуству; или, суд врши злоупотребу права-дужности на одлучивање неоснованим недоношењем одлуке о основаном предлогу странке за доношење одлуке о привременој мери обезбеђења, односно, невршењем права на одлучивање о предлогу тужиоца о одређивању притвора против окривљеног).

Процесна права државних и других „професионалних“ учесника у кривичном поступку произилазе из њихових надлежности и предмета, објеката делатности.⁵⁵⁶ Правна обавеза ових учесника предузимања процесних радњи (вршења права) у кривичном поступку јесте у самој природи и циљном карактеру јавне власти, било да се ради о државним органима, било о адвокатској делатности. Социјални смисао њиховог

⁵⁵⁶ Према одредбама Закона о адвокатури („Службени гласник РС“, бр. 31/2011 и 24/2012 - одлука УС) предмет адвокатуре је: давање усмених и писмених правних савета и мишљења, састављање тужби, захтева, предлога, молби, правних лекова, представки и других поднесака, састављање уговора, завештања, поравнања, изјава, општих и појединачних аката и других исправа, заступање и одбрана физичких и правних лица, посредовање у циљу закључења правног посла или мирног решавања спорова и спорних односа, обављање других послова правне помоћи у име и за рачун домаћег или страног физичког или правног лица, на основу којих се остварују права или штите слободе и други интереси (члан 3. Закона о адвокатури).

организовања, егзистенције и рада је у активности. Државне и недржавне службе ниједну своју функцију не могу да остварују пасивношћу, пропуштањем, „ћутањем“. Такво њихово понашање не одговара социјалној функцији и етици државе и њених служби. Неактивност значи да „професионални“ учесник у поступку не предузима реализацију својих законских овлашћења. Његова овлашћења мирују, а професионални учесници у поступку на то немају право. Законска овлашћења дата су им ради заштите и остварења појединачних интереса и субјективних права грађана, а не да порицањем појединачних права као субјективних јавних права, одричу заштиту појединачних интереса, као и да неостваривањем субјективних права иста једноставно игноришу.⁵⁵⁷ Незаконито је оно пасивно држање професионалног учесника у поступку које представља повреду правне обавезе на чињење и које има за последицу повреду или угрожавање субјективних права других учесника у поступку. Основ незаконитости лежи у чињеници да професионални учесник у поступку не може да својим законским овлашћењима диспонира по свом нахођењу, већ само у циљу заштите и остварења субјективних права грађана.⁵⁵⁸

„Нико не може да своја законска овлашћења (курзив М.Д.) не обавља ако се тиме вређају права грађана. То се тим пре не може дозволити органима јавне власти, који су позвани не само да остварују, помажу у остваривању и конкретно реализују субјективна права грађана, већ и да та иста права штите. У таквом понашању [...], које значи фактичко одсуство сваког понашања, видимо један нов вид злоупотребе“.⁵⁵⁹

Последице вршења радњи кривичнопроцесних злоупотреба јесу *шкођење поступку, повреде права и законом заштићених интереса других учесника у поступку и трећих лица*. То је стварање процесних ситуација у којима се поступак усмерава у другом правцу, а не у оном у којем би текао да није учињена незаконитост;⁵⁶⁰ стварање процесних стања којима се потпуно блокира ток и осујећује интерес поступка (процесне злоупотребе усмерене на одуговлачење поступка); процесне ситуације у којима се потпуно дискредитује законито процесно право другог учесника у поступку (злоупотребе непримерним, неправичним, неразумним вршењем кривичнопроцесног права); исход поступка којим се бенефицира кривица окривљеног доношењем пресуде којом се оптужба одбија (услед наступања застарелости кривичног гоњења); доношење незаконите пресуде (злоупотребе неразумним вршењем процесног права); штета за

⁵⁵⁷ Р. Dimitrijević, *Zloupotreba vlasti i subjektivna javna prava*, *Pravni život*, број 9/1995, Књига 418, 789-808.

⁵⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁵⁹ *Ibid.*

⁵⁶⁰ Види други део, глава IV, наслов „4.1. Преусмеравајуће“ злоупотребе кривичног суда (злоупотреба права на преношење месне надлежности)“.

учеснике у поступку и трећа лица (материјална и нематеријална), државу (материјална, идеолошка).

Последица вршења кривичнопроцесних злоупотреба јесте и позивање на одговорност извршиоца злоупотребе и његово санкционисање.

5. Појам злоупотребе кривичнопроцесних права

Дакле, радња кривичнопроцесне злоупотребе је процесна радња вршења субјективног процесног права која иначе одговара законском опису процесне могућности која чини садржину права, али која у конкретном случају представља кршење представљених принципа (граница) вршења субјективних процесних права.

Уколико изврши процесну радњу која је формално законита (предузета са позивом на објективну процесну норму којом је учеснику у поступку дато право) и у законом прописаној форми, та процесна радња је злоупотреба уколико је, у *конкретном случају*, по радњи вршења или по последици којој се тежило противна намени (циљу) за коју је то право прописано, предузета без интереса или ради остварења интереса који се тим правом не штити, неморална, несразмерна користи титулара права у односу на шкођење које се њоме чини другим учесницима у поступку или самом поступку, неправична, неразумна или противречна другим сопственим радњама титулара права, непримерена, и као таква штетљива другим учесницима у поступку или самом поступку.

Злоупотреба процесног права је процесна радња која повлачи одговорност процесног субјекта који ју је предузео (извршио).

Сматрамо да у овој фази истраживања можемо да понудимо прихватљиву дефиницију злоупотребе права у кривичном поступку.

Злоупотреба права у кривичном поступку је кривичнопроцесна радња (чињење, нечињење) учесника у поступку која би иначе (in abstracto), могла да одговара законском опису процесне могућности која чини садржину кривичнопроцесног овлашћења, да у датој процесној ситуацији (in concreto) није као штетљива (појединачном, дифузном или јавном законом заштићеном интересу), правно непризната или забрањена због мотива, дејства, начина или невредности, и зато санкционисана.

Садржински се злоупотреба права у кривичном поступку може одредити тзв. реалном, денотативном (набрајајућом) дефиницијом. Овако дефинисана *злоупотреба*

права у кривичном поступку састоји се од процесне радње кривичнопроцесног учесника са јединим или првенственим циљем да нашкоди другоме, или процесне радње бескорисне а другоме шкодљиве, или процесне радње противне циљевима норми које признају субјективна процесна права, или процесне радње несразмерно мање вредне од шкодљивог дејства другоме, или процесне радње непотребно тегобне за другога, или процесне радње која је неразумна или противречна другим сопственим радњама, или процесне радње неспојиве с моралом, или процесне радње противне правичности.

6. Правна природа злоупотребе процесног права у кривичном поступку

6.1. Мишљења о правној природи процесне радње злоупотребе у правној теорији

Као и код питања правне природе злоупотребе права, тако је и правна природа злоупотребе процесних права, најзад, правна природа злоупотреба процесних права у кривичном поступку спорна у теорији.

Злоупотреба кривичнопроцесног права није вршење права. Титулар процесног права нема права да своје овлашћење врши само да би другоме нашкодио, или без правног интереса, противциљно, неморално, неправично, несразмерно туђем законитом интересу, непримерено, неразумно, противречно ранијем вршењу тог истог права, уколико на тај начин шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку. Злоупотреба и право се искључују. Тамо где постоји злоупотреба, нема права.

Ако процесна злоупотреба није право, онда је неправо. Али који облик неправа?

У теорији постоји схватање да су злоупотребе у судском поступку *морални преступи*. Ово схватање полази од тезе да процесне злоупотребе треба сагледати искључиво са моралног аспекта, као моралне преступе, као кршење моралног принципа утканог у судски поступак. Процесне злоупотребе у судском поступку су пре свега недостатак морала у судској процедури, односно моралне компоненте поступања учесника у поступку.⁵⁶¹

⁵⁶¹ S. Antoraz: *El abuso procesal como principio moral, Recapitulación doctrinaria, jurisprudencial y normative*, Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, elektronski izvor, dostupno na http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/El_Abuso_Procesal_como_Principio_Moral.pdf, pristup 16.6.2014.

Не можемо да прихватимо овакав став, јер своди процесне злоупотребе у судском поступку на искључиво морални појам. Како је основано примећено, проблем злоупотребе у праву не можемо решавати идејом о општој моралној везаности човека (нпр., вишим нормама општег добра).⁵⁶² Процесне злоупотребе могу у одређеној мери, видели смо, да се посматрају са моралног аспекта (злоупотребе неморалним вршењем процесних права), међутим и тада су правни, а не морални појам. Уопште, генерално, злоупотреба процесних права у судском поступку јесте правна, а не морална категорија.

Међу процесуалистима постоји врло раширено схватање да су процесне злоупотребе *процесне противправности, односно процесни деликти*. Овај приступ третира радњу злоупотребе процесних права учесника у судском поступку као противправност, односно радњу (нечињење) противну правној норми.

У процесноправној теорији мишљење је заступљено међу теоретичарима парничног поступка, и то онима који злоупотребу права посматрају са аспекта спољне теорије злоупотребе права. Са нормативног аспекта став је заснован на одредби Закона о парничном поступку⁵⁶³ у којој је наведено: странке су дужне да савесно користе права која су им призната овим законом, а суд је дужан да спречи и казни сваку злоупотребу права које имају странке у поступку.

Међутим, међу ауторима ових схватања постоје разлике у погледу тога чему је противна радња процесне злоупотребе.

Тако, према једном мишљењу начело забране злоупотребе права је опште прихваћен правни принцип, те ако се у судском поступку одређена правна средства употребе ради остварења недопуштених циљева, па макар она предузета на начин који на први поглед изгледа да је у складу са законом, такво понашање, које је у противности са правилима морала и добрим обичајима, је противправно понашање. Дакле, радња

⁵⁶² P. Dimitrijević, *Ibid.*

⁵⁶³ Члан 9. Закона о парничном поступку, „Службени гласник Републике Србије“ број 72/2011, 49/2013 – ОУС, 74/2013 – ОУС, 55/2014.

злоупотребе процесних права учесника у судском (грађанском) поступку је противправан акт јер је у противности са правилима морала и добрим обичајима.^{564, 565}

Чини се да се и ово мишљење, иако инсистира на противправности процесних злоупотреба, своди на тезу да су оне етички, морални, а не правни појам.

Према другом мишљењу, противправност злоупотребе субјективног процесног права се огледа у његовој усмерености против интереса правосуђа и субјективних права других учесника у поступку. Све врсте злоупотреба процесних права су кршења дужности да се буде савестан, средство изобличења права на расправљање у судском поступку.⁵⁶⁶

Најзад, постоји мишљење да се противправност процесних злоупотреба садржана у поступању противном општој (која важи за све учеснике у кривичном поступку) и посебним забранама (онима које су прописане Законом о кривичном поступку за

⁵⁶⁴ Тако, „Злоупотреба права је коришћење правних овлашћења са циљем да се другоме нанесе штета, или са циљем који је противан добрим обичајима, савесности и поштењу у правном промету. Начело забране злоупотребе права је опште прихваћен правни принцип. Ако се одређена правна средства употребе ради остварења недопуштених циљева, па макар она предузета на начин који на први поглед изгледа да је у складу са законом, такво понашање које је у противности са правилима морала и добрим обичајима је противправно понашање. Суд је дужан да спречи таква понашања. Захтев за савесним коришћењем процесних овлашћења је императив судског поступка и суд је овлашћен да, служећи се елементима правног стандарда, оцени које процесно држање странке може квалификовати као савесно, а које као несавесно. У складу са тим како оквалификује поједино понашање странке, суд ће предузети одговарајуће мере, а ако се ради о несавесном коришћењу процесних овлашћења суд то неће допустити. Треба нагласити да постоји разлика између несавесног коришћења процесних овлашћења и злоупотребе процесних овлашћења, јер код несавесног коришћења процесног овлашћења оно може бити резултат и намере странке, а и немарности странке, док код злоупотребе процесних овлашћења ту се претпоставља да је странка свесна противправности свог процесног држања и да намерно предузима такве парничне радње којима се практично злоупотребљавају процесна овлашћења“. Вид.: А. Радованов, *Грађанско процесно право*, Четврто измењено издање, Универзитет Привредна академија у Новом Саду, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2014., 36-37.

⁵⁶⁵ Уп.: Р. Кеча, *Грађанско процесно право*, шесто издање, Приручници за полагање правосудног испита, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2012., 152-153.: „Постоје радње којима суд знатно лакше може одузети правни значај. У питању су признање и одрицање тужбеног захтева, судско поравнање. Битно обележје ових радњи јесте то да се њима располаже и посредним предметом спора – материјалним правом поводом којег тече парница. Наведене радње у својој процесној компоненти могу бити у складу са нормама процесног права, али са становишта материјалног права могу бити противправне, јер су противне јавном поретку, правилима морала и добрим обичајима. Ту постоји противправност, и позиција суда је знатно једноставнија, тако да ту врсту располагања неће уважити“.

⁵⁶⁶ „Пошто злоупотреба права у грађанском поступку крши норму грађанског процесног права, и повређује интересе правосуђа и права других учесника у грађанском поступку, она се може окарактерисати као посебан облик грађанског процесног прекршаја, који има опште одлике грађанског процесног прекршаја, али се у исто време одликује одређеном специфичношћу. Злоупотреба процесних права је штетна за друге учеснике у поступку: она се негативно одражава на њихова процесна права. Као последица тога, те процесне радње (нечињења) по својој природи јесу противправне радње. Процесна несавесност се појављује као посебан вид прекршаја, јер при његовој процени (за разлику од других кршења процесног закона) на првом месту иступају факултативне карактеристике објективне и субјективне стране састава прекршаја. Факултативна карактеристика објективне стране је начин вршења прекршаја (вршење субјективног права), а факултативна карактеристика субјективне стране – је циљ кршења закона (употреба права за зло)“. Вид.: А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 74-80.

поједине учеснике, рецимо браниоца, стручног саветника) злоупотребе процесних права у судском поступку.^{567, 568, 569}

Не можемо да прихватимо мишљење да је процесна злоупотреба процесна противправност. Кривичнопроцесни деликти су радње (чињења, нечињења) којима се кривичнопроцесни учесник оглушује, или поступа противно процесним забранама или наредбама (без обзира да ли су те забране и наредбе прописане законом о кривичном поступку, или су прописане актом органа поступка). Деликт (противправност) је таква радња која никада не представља овлашћење, вршење права. Злоупотреба процесног права представља радњу која у највећем броју случајева (*in abstracto*) одговара законском опису садржине неког субјективног процесног права, али у конкретном

⁵⁶⁷ Тако, В. С. Вепрев каже „... злоупотреба субјективног права се не изражава у неиспуњавању обавеза или њиховом непрописном испуњавању (што је типично за прекршај), већ у реализацији свог субјективног кривичнопроцесног права (законом заштићене могућности) која је по свом карактеру недопустива по следећим основама: нарушавање граница реализације права одређених опште правним, уставним и кривичнопроцесним принципима, опште прихваћеним нормама и принципима права, захтевима кривичнопроцесног и других закона; кршење циљева кривичног правосуђа, изражених у његовој намени, а такође и законодавних циљних директива сваког учесника у кривичном поступку и нормативног дескриптивног модела резултата законите реализације активности учесника у кривичном поступку; коришћење субјективног права у супротности са његовом наменом у ситуацији очигледно несавесног понашања субјекта; претерани упад у сферу слобода других учесника у кривичном поступку; реализација права са циљем вештачког стварања околности, које правно или објективно ометају реализацију законских права и интереса других учесника; коришћење недопустивих средстава за реализацију права. Недопустивост средстава за реализацију права је повезана са њиховом незаконитошћу, неморалношћу, нециљношћу, прикривеношћу, њиховим коришћењем неадекватно ситуацији и на неодговарајући начин. Таква ситуација може да се окарактерише као реализација права која споља има „привид законитости“.

Међутим, затим каже: „Противправност злоупотребе субјективног кривичнопроцесног права проистиче из кршења општих правних принципа забране злоупотребе права, савесности вршења права, разумности, анализа чије правне природе нам омогућава да констатујемо њихов опште-правни карактер. Они су иманентно присутни у систему правног регулисања, они су критеријуми вршења и примене права, што се огледа у опште признатим принципима и нормама међународног права (нормама Универзалне декларације о људским правима од 10. децембра 1948. године, Међународног пакта о грађанским и политичким правима од 16. децембра 1966. године, Европске Конвенције за заштиту људских права и основних слобода од 4. новембра 1950. године и других међународних правних аката), ... Устава ... као и многих законских норми и аката националног правног система“. Вид.: В. С. Вепрев, *Основания уголовно-процессуальной ответственности*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, Южно-Уральский государственный университет, Челябинск – 2006., електронски извор, доступно на <http://www.dissercat.com/content/osnovaniya-ugolovno-protsessualnoi-otvetstvennosti>, приступ 26.5.2015.

⁵⁶⁸ Уп.: „Злоупотреба није повезана са садржајем права, већ са његовим вршењем. Злоупотреба права подразумева умишљајно коришћење права или правних средстава у супротности са њиховом друштвеном сврхом или са циљем да причини штету интересима лица, да се створе објективне препреке за остваривање права других учесника у поступку са могућом појавом последица у одсуству кршења конкретних законских забрана или обавеза. При злоупотреби права не дешава се повреда конкретних норми закона, међутим, свака злоупотреба права је противправна радња (нечињење), јер се као резултат злоупотребе права крши принцип недопустивости злоупотребе права...“. Вид.: О. И. Андреева, *Злоупотребление субъективным правом в уголовном процессе: проблемы правового регулирования*, Вестник самарского юридического института, Научно-практический журнал 2 (16) / 2015., 9-13.

⁵⁶⁹ Слично схватање правне природе кривичнопроцесне злоупотребе заступљено је и код украјинских процесуалиста. Вид.: І. Д. Іванюк, *Право на захист та зловживання ним у кримінальному судочинстві України*, Часопис Академії адвокатури України, #10 (1'2011).

случају (*in concreto*) није допуштена због постојања одређених разлога, који су, опет, али не изричито, прописани у Законику о кривичном поступку.

При том, мора се имати у виду чињеница да је противправност, као природа одређеног правно-релевантног понашања, везана за противно понашање *конкретним* забранама и наредбама, а не за поступања која нису у складу са *општим принципима* права. Опште забране не могу да непосредно произведу правне последице, те не могу да буду критеријум за оцену неког понашања као противправног. У свим случајевима без изузетка, полазна основа за дефинисање противправности могу да буду само конкретне норме чије неиспуњавање или прелазак њихових граница представља прекршај. „Кад се каже да је нека људска радња противправна, тиме се хоће рећи да је она противна правним нормама одређене државе. Међутим, из тога не треба закључити да је свака радња која није у складу са правном нормом самим тим и противправна. Није, дакле, довољан сваки несклад између радње и поруке (дискриминације) коју норма садржи. Потребна је радња која има карактер противљења, супротстављања захтевима садржаним у правној норми. Таква радња значи, у ствари, „напад“ на норму, а не само безазлено непоштовање њених захтева. Супротстављање није, опет, могуће свакој правној норми, већ само оној која садржи неку забрану или заповест. Ако забране или заповести у њој нема, ако норма више препоручује одређено понашање својим адресатима него што га императивно налаже (*leges imperfectae*), онда непоштовање њене поруке не може имати карактер противправне радње“.⁵⁷⁰

Кривичнопроцесна радња злоупотребе, дакле, није процесни деликт. То није кршење било какве процесне забране или наредбе. Није процесна противправност.

Део руске процесноправне теорије заступа став да је злоупотреба кривичнопроцесних права *посебна правна категорија*. Тако, О. И. Даровских, полемишући о правној природи кривичнопроцесних злоупотреба и позивајући се на слична мишљења руских процесуалиста, закључује да злоупотреба права у кривичном поступку не може да се посматра ни као законито понашање, ни као прекршај. Злоупотреба кривичнопроцесног права је посебна трансформишућа појава правне реалности.⁵⁷¹ Злоупотреба процесног права свакако није процесни прекршај. То су различите правне категорије које се не смеју изједначавати, јер појам „злоупотреба

⁵⁷⁰ J. Radišić, *Pravni delikt, pravna sankcija i pravna odgovornost*, u: *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu*. – Niš: Pravni fakultet, 1973. Sv. 12 (1973), 61-79.

⁵⁷¹ О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, ФГБОУ ВПО „Южно-Уральский государственный университет“ (НИУ), ноября 2013.

права“ није апсорбован од појма „прекршај“. Правноваљано понашање и прекршај, као главни типови правног понашања, не исцрпљују све могуће врсте понашања учесника кривичнопроцесног односа. Злоупотреба кривичнопроцесног права је посебна врста правног понашања.⁵⁷²

На сличан начин се изјашњава Ј. С. Чуприна: „... може се закључити да је злоупотреба права у кривичнопроцесном односу не мора увек да повуче и кршење права. Несавесне радње које су усмерене на изазивање негативних последица за друге учеснике у кривичноправним односима, могу бити на време сузбијене и да не постигну жељене циљеве. Осим тога, савесно понашање и кршење права као основни облици правног понашања не исцрпљују све могуће опције за понашање учесника кривичнопроцесног односа. Злоупотреба права је посебна врста правног понашања“.^{573, 574}

На сличан начин се изјашњава О. Ј. Баев када каже да примена права у кривичном поступку подразумева само законита средства за задовољење интереса носилаца права, интереса професионалних и/или личних. „Субјективно право (...) је мера могућег понашања лица или организација, која је установљена законом, а усмерена на постизање циљева везаних са задовољавањем њихових интереса. И зато нам се сада чини да је понашање учесника у кривичном поступку које не крши директне забране и прописе кривичнопроцесног закона, „приписано“ процесном статусу лица – правно понашање које није противправно у ужем смислу овог концепта. У исто време може да буде, уместо правног понашања, неприхватљиво и недопустиво“.⁵⁷⁵

6.2. Правна природа кривичнопроцесне злоупотребе

Кривичнопроцесна радња злоупотребе је радња која је *in abstracto* формалноправно законита. Титулар права се позива на одредбу процесног закона, али *in concreto* њена последица је неприхватљива од стране правног поретка, деликтна,

⁵⁷² О. И. Даровских, *К вопросу об отграничении злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве от правонарушения*, Вестник ЮУрГУ, № 29, 2012, Серия „Право“, выпуск 31, 40-43.

⁵⁷³ Ј. С. Чуприна, *Принцип недопустимости злоупотреблением правом в условиях изменений уголовного законодательства в Российской Федерации*, Уголовно-правовая защита прав и свобод личности: материалы Международной научной конференции, посвященной 85-летию со дня рождения Заслуженного деятеля науки Российской Федерации А. Н. Игнатова. Москва, 10 октября 2013 г., 328-333.

⁵⁷⁴ Уп.: „С обзиром на то да је злоупотребу права немогуће једнозначно приписати одређеној врсти правне појаве може се сматрати убедљивом позиција истраживача у области кривичног процесног права, према којој је злоупотребе права – независан облик правног понашања“. О. В. Желева, *Понятие и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, Вестник Томского государственного университета 2015. № 396. Июль. С. 116-121.

⁵⁷⁵ О. Ј. Баев, „Злоупотребление правом“ как уголовно-процессуальная категория, Вестник ВГУ. Серия: Право, 2013. № 2, 336-349.

зобрањена. Извршилац процесне злоупотребе у току вршења права излази из права и чини злоупотребу. Злоупотреба права представља радњу која у највећем броју случајева одговара законском опису садржине неког субјективног права, али у конкретном случају није допуштена због постојања разлога који се тичу садржине, материје субјективног процесног права, који су, опет, али не изричито, прописани у Законику о кривичном поступку.

У откривању правне природе злоупотребе кривичнопроцесног права морамо да се осврнемо на основне институте правне науке, тачније на законитост.

Формална законитост увек постоји када су акти слабије правне снаге формално сагласни са законом. Материјална законитост, пак, постоји кад су акти слабије снаге материјално сагласни са законом. Када се каже да је нешто законито, односно незаконито, тада може да се мисли на две ствари: прво, да је дотични правни или материјални акт стварно (и формално и материјално) законит, односно незаконит. У том случају постоји *стварна законитост* (односно незаконитост), и то независно од тога да ли је законитост, односно незаконитост утврђена од стране државног органа или није. И друго, да је надлежни државни орган за неки правни акт утврдио да је он законит, односно незаконит. Том приликом, одлука државног органа може да буде и погрешна, јер законит акт може да буде проглашен незаконитим или, обрнуто, незаконит правни акт законитим. У овом другом случају реч је о *тзв. формалној законитости*, односно незаконитости. „Тако се и на овом примеру слагања стварне и формалне законитости, односно незаконитости, види како у праву материјална истина не мора увек да се подудара са формалном, правно утврђеном истином. То је због тога што су правна стварност и права, истинска, обична стварност различите ствари. (...) То значи да правна стварност надилази и мења праву, обичну стварност. Па ипак, правна стварност није свемогућа, јер и она мора да се кад-тад усклади са правом, обичном стварношћу. Због тога се правни прописи стално мењају и изнова стварају, сходно одређеним правним поступцима који и немају ништа друго за циљ осим да у највећој могућој мери обезбеде поклапање стварне са формалноправном истином. На тај начин се обезбеђује правилно утврђивање материјалне истине, што је један од најважнијих циљева свих модерних права“.⁵⁷⁶

Али и кад нема разлике између ове две стварности, када се правна и права стварност подударају, *да би неки акт био законит, потребно је да он буде законит и*

⁵⁷⁶ Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутин, Д. М. Митровић, *Увод у право*, Седамнаесто издање, Јавно предузеће Службени лист СРЈ, Београд, 2001., 445.

формално и садржински (курзив М.Д.). Али, могуће су и погрешке, упркос подробности поступка за утврђивање законитости акта. Нпр., *неки акт може да буде проглашен формално законитим, иако он то није и у материјалном смислу. И, обрнуто, неки материјално законити акт може да буде проглашен формално незаконитим. У оба поменута случаја, такви акти су незаконити, јер је за постојање законитости потребно да склад постоји истовремено и у формалном и материјалном погледу* (курзив М.Д.). Посебно је опасно кад надлежни орган формално утврди законитост неког правног акта који је материјално незаконит, јер се тада под плаштом законитости разара важеће право.⁵⁷⁷

Кривичнопроцесна злоупотреба је радња вршења субјективног процесног права која је формалноправно законита, формално је усклађена са нормом објективног кривичнопроцесног закона којим је право додељено титулару. Међутим, садржином, са материјалног аспекта, није у складу са истим тим законом јер јој недостаје један или више елемената који улазе у садржину (материју) субјективног процесног права.

Дакле, према нашем мишљењу, ***кривичнопроцесна злоупотреба је материјална незаконитост процесне радње вршења кривичнопроцесног права.*** Једном речју, ***радња процесне злоупотребе је незаконита процесна радња.***⁵⁷⁸ Она је привид законитости, јер се извршилац радње злоупотребе формално ослања на норму правног поретка из које вуче, црпи право, али суштински, материјално он поступа без права, противно правној норми, незаконито.

Радња процесне злоупотребе није *стварно законит* правни акт, јер не садржи материјалну (супстанцијалну) законитост. Садржајно је незаконита.

„Злоупотреба представља посебан вид незаконитог понашања и као такво повлачи одговорност“.⁵⁷⁹

Процесне злоупотребе као незаконитост препознаје и кривичнопроцесни закон, што је очигледно када је реч жалбеним разлозима⁵⁸⁰ (основима) и одлукама органа поступка које су по радњи и последици процесне злоупотребе неразумним вршењем права.

⁵⁷⁷ Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутинић, Д. М. Митровић, *op.cit.*, 448-449.

⁵⁷⁸ Ово утврђење важи за радњу злоупотребе у било ком поступку.

⁵⁷⁹ Р. Dimitrijević, *Zloupotreba vlasti i subjektivna javna prava*, *Pravni život*, број 9/1995, Књига 418, 789-808.

⁵⁸⁰ Члан 437. Законика о кривичном поступку.

Слично мишљење о правној природи процесне злоупотребе налазимо код домаћих теоретичара управног поступка.⁵⁸¹ Међутим, подржано је и мишљењима неких јужноамеричких теоретичара процесног права.^{582, 583, 584}

⁵⁸¹ P. Dimitrijević, *Ibid.*

⁵⁸² Тако, полемишући о правној природи процесне злоупотребе Соледад Антораз цитира Мосет Итураспе (Jorge Mosset Iturraspe, *Revista de Derecho privado y Comunitario*, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1998. Tomo 16, 141) који каже да, поред формалне незаконитости (при којој је радња незаконита јер је у супротности са законском забраном), треба бити свестан и материјалне незаконитости (која представља такву радњу која није у супротности са законском забраном, већ је као незакониту чини одређени начин вршења, који је у супротности са законом). Вид.: S. Antoraz: *El abuso procesal como principio moral, Recapitulación doctrinaria, jurisprudencial y normative*, Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, електронски извор, доступно на http://elatenio.org/documents/trabajosBajar/El_Abuso_Procesal_como_Principio_Moral.pdf, pristup 16.6.2014.

⁵⁸³ E. R. Hess, E. L. Emiliozzi, J. M. Zárate, *La naturaleza jurídica del abuso del derecho*, електронски извор, доступно на <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1217/1487>, pristup 19.10.2014.

⁵⁸⁴ I. Nacul, *El abuso procesal. Poderes, Deberes y Facultades del juzgador como garante de un proceso sin dilaciones*, Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino, електронски извор, доступно на www.judicialdelnoa.com.ar/doctrina/tesis_dra_nacul.doc), pristup 17.10.2014.

Глава II

ОБЛИЦИ (ВИДОВИ) КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ ЗЛОУПОТРЕБА

Права се прописују као опште, апстрактне могућности понашања. Деликти се прописују као опште, апстрактне забране понашања.

У процесноправној теорији постоје схватања да процесне злоупотребе у процесном закону треба да се пропишу у виду „општег деликта“, односно, формулисањем опште нормативне дефиниције злоупотребе процесних права, и у виду „посебних деликата“, односно, посебних, конкретних случајева процесних злоупотреба,⁵⁸⁵ на сличан начин на који су у посебном делу кривичног закона прописана поједина кривична дела. Међутим, схватање полази од става да је правна природа процесних злоупотреба у судском поступку деликтна, односно, да су злоупотребе противправност, процесни деликти.

Не можемо да се сложимо са оваквим схватањем јер, како смо навели, правна природа злоупотребе права, па самим тим и процесних злоупотреба у судском поступку, није деликтна. Процесне злоупотребе, на исти начин као и злоупотребе субјективних материјалних права, због своје природе (јер су изузетно одступање од дозвољеног, искорак из субјективног процесног права), не могу да се позитивишу као „посебни случајеви“, односно „посебни деликти“, на исти начин као што не могу да се *in concreto* позитивишу случајеви изузетног одступања од забрањеног (нужна одбрана, крајња нужда). Наиме, оног момента када се конкретно процесно понашање које представља овлашћење (*in concreto*) пропише као забрањено уопште (*in abstracto*), тог момента таква радња постаје позитивисана као *in abstracto* забрањена и више није овлашћење, право, већ забрана, а поступање противно забрани није злоупотреба права, већ процесни прекршај, деликт.

Ствар је у томе што је законито процесно поступање, најчешће, једино такво од многих других која су злоупотребе.⁵⁸⁶ Процесна злоупотреба (материјална незаконитост процесне радње вршења субјективног процесног права) може да се испољи на много начина, а законито процесно поступање само на један начин.

⁵⁸⁵ Види текст фусноте број 903.

⁵⁸⁶ F. Scaglione, *L'abuso del diritto nel contratto*, *Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia*, Anno 2012., 237-262.

Злоупотребе уопште, па тако и злоупотребе процесних права не могу да се пропишу као апстрактна, типска чињења (нечињења), нпр., као прекршај, деликт. Злоупотреба права уопште, па тако и злоупотреба процесних права у судском поступку не постоји *in abstracto*, већ само *in concreto*, у својим видовима. Видови процесних злоупотреба су основи, критеријуми кроз које се злоупотребе манифестују, испољавају.

Највећи број писаца дефинише процесну злоупотребу као вршење субјективног процесног права противно духу и циљу норме којом је право прописано, односно супротно законом одређеном циљу.⁵⁸⁷ Да ли то значи да су у кривичном поступку могуће само злоупотребе у виду противциљног вршења субјективног процесног права?

Међутим, у теорији је такође примећено да злоупотреба у праву обухвата бројне модалитете, како у сфери приватног тако и јавног права. Начело забране злоупотребе постоји у свим гранама права. „Научно је неприхватљиво да се цела институција злоупотребе подигне на једном једином критеријуму, као што је то нпр. непостојање „легитимног мотива“ вршења права. Апстрактна несавршеност једног критеријума злоупотребе одвела је правну теорију на пут казуистичке методологије. Каталог типичних случајева и метод препознавања, ма колико био флексибилан, није у стању да обухвати сложеност правних ситуација у приватном, а нарочито у јавном праву, у коме феномен злоупотребе доживљава своју ренесансу и свој прави амбијент, у коме злоупотреба показује мноштво модалитета и своје најопасније облике. Због тога је за правно уобличавање појма злоупотребе права, најприкладнији „средњи пут“, а то је проналажење конкретних критеријума са аксиоматским карактером“.⁵⁸⁸

Ово отвара питање: који су видови кривичнопроцесних злоупотреба?

1. Одређеност облика (видова) кривичнопроцесних злоупотреба

1.1. О облицима (видовима) злоупотреба кривичнопроцесних права у процесноправној доктрини

У процесноправној доктрини о овом питању нема сагласности. Чини се да сваки процесуалиста, било грађанског или кривичног опредељења, који се макар и овлаш

⁵⁸⁷ „Pod zloupotrebom procesnog prava možemo razumjeti njegovo korištenje suprotno zakonom određenom cilju“; vidi: Davor Krapac, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Davora Krapca* na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu na temu: *Zloupotabe procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, str. 134., elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

⁵⁸⁸ P. Dimitrijević, *Zloupotreba vlasti i subjektivna javna prava*, *Pravni život*, broj 9/1995, Knjiga 418, 789-808.

дотокао ове теме, има своје мишљење о њој. При том, рекли бисмо, лако се мешају видиви (облици) са циљевима и последицама злоупотребе (процесним ефектом који се желео постићи злоупотребом и одговорношћу за злоупотребу).

У немачкој кривичнопроцесној теорији наводи се да теорија злоупотребе кривичнопроцесних права није изграђена до краја. Да би се доктрина правилно усмерила, потребно је извршити рекапитулацију поређењем са другим процесним законима. У оквиру грађанског процесног права признато је да је сваки правни поступак, аналогно параграфу 242. Грађанског законика, предмет поступања по принципу савесности. Овај принцип је усвојен и у административном поступку. Забрана злоупотребе права, прописана у параграфу 242. Грађанског законика, карактерише се на тај начин да се у оба поступка по садржају и различитости може појавити у појединостима: а) забрана да се злонамерно створи одређена процесноправна ситуација; б) забрана противречног понашања у поступку (*venire contra factum proprium*); в) могућност одузимања овлашћења због несавесне радње; г) генерална забрана злоупотребе процесних овлашћења (злоупотреба института). Теорија злоупотребе процесних права у немачком кривичном поступку темељи се на наведеним принципима. Свако вршење права мора се кретати у оквиру датог правног института. Према овоме, било би процесно неприхватљиво свако понашање које има елементе злоупотребе, а противно је сврси кривичног поступка. Са методолошког аспекта, овде се ради о телеолошком смањењу опсега појединих права, са освртом на конкретан циљ кривичног поступка. Даљи покушаји прецизирања концептуалног садржаја још увек остају отворени. Опсег и границе забране злоупотребе права у кривичном поступку су још увек непотпуни. Међутим, могу се наћи рудиментарни облици и знаке казуистике. На тај начин, одуговлачење поступка би се могло узети као типичан пример за спровођење циљева који нису у блиској вези са самим поступком, јер се на тај начин одступа од консензуса који води разрешењу конфликта.^{589, 590}

⁵⁸⁹ M. Jahn, A. Schmitz, *Rechtsmissbrauch im Strafverfahren bei Verweigerung notwendiger Mitwirkungshandlungen*, in: *Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht* Vol. 20, No. 9 (2001), 328-334.

⁵⁹⁰ „Као што је познато, литература која за поменути тему стоји на располагању, веома је широка па чак и филигрански истанчана и шаролика. Није никакво ниподаштавање када се каже да се у многим случајевима показује понављајући карактер: Kempf је давно навео да се питање клаузуле „опште злоупотребе права“ јавља у наново и у налетима, а конкретни узроци ових налета не стоје за анализу, већ су ту за проматрање облика формирања њиховог постојања. Историјске појединости до сада нису систематски истражене“. Вид.: T. Fischer, *Konfliktverteidigung, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht*, StV 8/2010, 30 Jahre Strafverteidiger, 423-428.

Италијанска процесна теорија је оштро подељена на противнике и присталице теорије злоупотребе процесних права. Док су први, полазећи од чињенице да италијански процесни закони не познају појам злоупотребе права, изричито противни самој идеји о примени ове теорије на судски поступак,⁵⁹¹ други наводе да идеји злоупотребе права има места у судским поступцима, али да је теорија процесне злоупотребе далеко од свог коначног формулисања.⁵⁹²

Ипак, у италијанској судској пракси судови учачају и у образложењима пресуда говоре о процесним злоупотребама у виду противциљног вршења процесног права,⁵⁹³ као и о процесним злоупотребама у виду противречног вршења процесног права (процесни *venire contra factum proprium*).⁵⁹⁴

У руској процесноправној теорији скоро да нема расправа о видовима процесних злоупотреба. Ово се може објаснити околношћу да руска правна мисао злоупотребу права посматра искључиво као вршење субјективног права противно циљу прописаном законом, или овај вид злоупотребе права посматра као примаран, онај из којег призилазе сви други видови злоупотребе права.⁵⁹⁵ Овакав став пројектовао се и на размишљања о злоупотребама субјективних процесних права у судском поступку. Међутим, постоје мишљења да процесне злоупотребе могу да се испоље и у другим видовима, као што је

⁵⁹¹ G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, Rivista di Diritto Processuale, Fascicolo N. 6/2012.; за кривични поступак види: F. Caprioli, *Esposizione autorizzata prof. Francesco Caprioli*, Seminario di studio "L'abuso del processo" del 9 novembre 2012., Camera Penale Veneziana "Antonio Pognici", Bollettino 2013 primo numero speciale.

⁵⁹² A. Comelli, *L'abuso del processo, con particolare riferimento al processo tributario*, Periodico: Diritto e pratica tributaria, 2012. I, 755-783; за кривични поступак, вид.: E. M. Catalano, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, in: *Processo penale e Giustizia*, Anno II, n. 4-2012, 91-95.

⁵⁹³ Vid.: Cass. Pen., Sez. un., 29.9.2011. (dep. 10.1.2012), N. 155/12, тачка 15. образложења под рубромом „L'abuso del processo“; integralni tekst presude je dostupan na:

<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/S.U.%20Rossi%20DPC.pdf>, pristup 4.6.2016.

⁵⁹⁴ Vid.: Sentenza Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) N. 656/2012, 7.2.2012., образложење presude, dostupno na:

<http://www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=19576>, pristup 5.6.2016.

⁵⁹⁵ Према мишљењу А. А. Малиновског, злоупотреба субјективног права је такав начин вршења субјективног права који је у супротности са његовом наменом, којим се причињава штета лицу, друштву, држави. Основна обележја злоупотребе субјективног права су остваривање субјективног права у супротности са његовом наменом и штетност остваривања права. Друга обележја, као што су остваривање субјективног права са јединим циљем да се другом лицу нанесе штета, неморално, несавесно, неразумно остваривање права су факултативна. Вид.: А. А. Малиновский, *Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Московский государственный институт (Университет) международных отношений МИД России, Москва, 2009., електронски извор, доступно на: <http://www.dissercat.com/content/zloupotreblenie-subektivnym-pravom-kak-yuridicheskii-fenomen>, pristup 19.8.2015.

противречно (контрадокторно) поступање у процесноправном односу.⁵⁹⁶ Такви примери могу се наћи и у судској пракси руских судова.⁵⁹⁷

Од аутора процесуалиста^{598, 599} из материје кривичног поступка своје мишљење о видовима кривичнопроцесних злоупотреба изнео је проф. Б. Павишић, који је навео да

⁵⁹⁶ Иако је рад насловио називом института који је својствен *common law* процесним системима (*estoppel*), А. И. Сорокин полемише на тему примене принципа *venire contra factum proprium*, као вида процесне злоупотребе у судском поступку. Вид.: А. И. Сорокин, *Процесуални естоппел*, *Международный научно-исследовательский журнал*, Выпуск № 7-3 (38) / 2015, Екатеринбург 2015., 137-138.

⁵⁹⁷ Управо А. И. Сорокин у наведеном раду наводи као пример забране *venire contra factum proprium* у судском поступку одлуку Председништва ВАС Руске Федерације 23.4.2012 N 1649/13 у којој је наведено: „Наведене радње окривљеног сведоче о томе да је признао надлежност Арбитражног суда Рјазанске области посредством конклюдентних радњи, што одговара појму надлежног суда у међународно-правном и национално-правном смислу, али такође подразумева губитак права на приговор (эстоппел) у односу на надлежност спора“. Вид.: А. И. Сорокин, *Ibid.*

⁵⁹⁸ Када је реч о мишљењима процесноправне теорије о видовима процесних злоупотреба, о томе је много више расправа међу теоретичарима грађанског процесног права. Међутим, међу ауторима не постоји сагласност по овом питању.

Тако, проф. А. Јакшић у свом уџбенику грађанског процесног права говори о злоупотребама процесних права у оквиру (већег) наслова „начело савесности и поштења“. Према овом аутору под злоупотребом процесних овлашћења подразумева се њихово коришћење противно циљу ради чијег остварења их закон и прописује. Видови несавесног парничења у судском (парничном) поступку су: 1) преварно стварање процесних стања (*fraus legis*), које се у судском (парничном) поступку састоји у стварању чињеница или у изношењу лажних чињеница како би се произвела одређена процесна последица које не би било да се странка није послужила преваром. Посебан вид *fraus legis*-а је тзв. привидна парница, која се води у сасвим другом циљу, а не због тога што тужилац има правнозаштитну потребу (нпр., привидна парница за развод брака ради остваривања услова за стицање тзв. станарског права). 2) *Venire contra factum proprium*. У овој групи случајева којом се крши начело свесног парничења једна од страна се у поступку понаша супротно ономе на шта се у стварности обавезала према другој страни. *Venire contra factum proprium* постоји и када странка предузима какву процесну радњу на начин који је супротан ономе који је већ користила у поступку. 3) Злоупотреба процесних овлашћења. Странке не смеју да предузимају процесне радње чији би циљ био одуговлачење поступка. Такође, злоупотребу представља и опозив пуномоћја непосредно пред рочиште. Вид.: А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Шесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2012., 171-173.

Проф. Б. Познић сматра да се начелом савесног коришћења процесним правима странкама ставља у дужност да та права користе у складу са објективним циљем поступка, што значи са тачним и брзим решењем спора. Радњом која није у складу са тим циљем странка злоупотребљава своје право на ту радњу. Такво њено понашање непоштено је и према противнику и према суду, јер има за циљ одуговлачење поступка или доношење одлуке која није законита. Према аутору видови злоупотребе процесних права странака у парничном поступку су: 1) свесна употреба неистине ради остваривања својих процесних интереса; 2) покретање поступка ради шиканирања противника, просто зато да се другој странки нанесе непријатност, нпр., када је износ за који се захтева осуда незнатан; 3) одуговлачење поступка изношењем новог процесног градива у одмаклом стадијуму поступка; 4) радње процесне диспозиције којима странка изиграва закон да би се постигло недопуштено правно стање, нпр., као злоупотреба права оцењена је изјава о признању тужбеног захтева којом је тужени предухитрио преиначење тужбе повећањем захтева; 5) преварно понашање којим се противна странка наводи на процесно понашање које је за њу повољно, а за противну странку штетно, нпр., процесну превару учинио је тужилац тиме што је издејствовао пресуду због изостанка, након што се после пријема позива на припремно рочиште поравнао са туженим и уверио га да ће повући тужбу, па тужени није дошао на рочиште; 6) немарно процесно поступање које одуговлачи поступак, нпр., странка је поднела неразумљив или непотпуни поднесак, који задржава нормални ток поступка. Вид.: В. Познић, *Коментар закона о парничном поступку*, *Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama*, Правни факултет Универзитета у Београду и *Službeni glasnik*, Београд, 2009., 34-36.

⁵⁹⁹ Када је реч о видовима процесних злоупотреба у судском парничном поступку свакако треба констатовати мишљење проф. Михајла Дике, за којег је злоупотреба процесних права свесно коришћење правних овлашћења, која су иначе, у начелу призната, у недозвољене сврхе. Реч је о радњама које су иначе, у начелу допуштене, али су *in concreto* недозвољене. При том, није реч само о долозним коришћењима

злоупотреба кривичнопроцесних права, као типичне, има следеће видове: 1) коришћење права ради сврха супротних законитом циљу; 2) прекорачење прописаних граница у

тих, у начелу дозвољених овлашћења, већ уопште о свим недозвољеним диспозицијама учесника у судском поступку, без обзира на његов психички однос према радњи злоупотребе. Полазећи од таквог одређења појма злоупотребе права у судском поступку М. Дика наводи следеће критеријуме за идентификовање таквих радњи (видове злоупотреба). Прво, недозвољене су радње које су предузете из шиканозних разлога. Шикана постоји у случају у којем лице предузима радњу на коју у начелу има право, али само зато да би другоме нанео штету или претежно због тога. Друго, недопуштеном би требало сматрати радњу од предузимања које се не би могла очекивати никаква озбиљнија (правом заштићена) корист. То је ситуација на коју би требало применити институте правног интереса, по којем свако ко предузима неку процесну радњу треба од тога да очекује неку правом заштићену корист. Нпр., ако је неко у целости успео у првостепену поступку, у начелу не би имао правног интереса за жалбу против одлуке којом је окончан тај поступак. Треће, као облик недозвољеног коришћења права, која се иначе у начелу признају, понекад се користи критеријум неразмерности интереса који се остварује предузимањем неке радње у поређењу са интересом који се тиме повређује. И у судским поступцима се могу пронаћи аналогне ситуације. Нпр., приликом одређивања привремених мера осигурања суд треба да узме у обзир интересе обе странке и да своју дискрецију да одреди такве мере примери могућој штети коју би интереси сваке од њих претрпели услед тога. Четврто, циљ због кога се нека радња предузима може делегитимисати ту радњу, учинити је недопуштеном, јер је радња предузета противно циљу чијем је остварењу по пројекцији законодавца намењена. Суд не сме да дозволи одређене диспозиције странака (признање тужбеног захтева, одрицање од тужбеног захтева, судско поравнање, неизношење и признање чињеница) које су противне принудним прописима и моралу, дакле диспозиције које имају недозвољени циљ. Пето, у неким би се случајевима могло говорити о непримереном вршењу процесних могућности. Нпр., предлагач извршења је овлашћен да у предлогу за извршење назначи којим би се средствима и на којим предметима оно требало одредити ради остварења неког потраживања. Примереност таквога предлога суд не проверава по службеној дужности, већ извршење може ограничити тек поводом жалбе дужника. Шесто, у неким би се случајевима могло говорити о недопуштеном предузимању процесних радњи које противрече претходним радњама онога којих их предузима – *venire contra factum proprium*. Ако је неко својим понашањем пре или током поступка дао повода за то да се сматра као да нема неко право или да нешто неће учинити, или као да се с нечим слаже, а касније покуша да се користи процесним могућностима које му у начелу пружа закон и на тај начин противречи своје претходном понашању, тада би ту његову накнадно предузету радњу требало дисквалификовати као недозвољену. Седмо, неморалност резултата неке радње може да буде разлог за њену дисквалификацију. Критеријум моралности се кроз историју објективизирао с обзиром на сам резултат, независно од циља ради остварења којег је радња предузета. Мерадавно је само да ли је сам резултат као такав неморалан с обзиром на своје импликације, општи контекст у коме наступа. Осмо, правичност је критеријум за квалификацију неког процесног понашања као недопуштеног, дакле, могло би се узети да је нека радња недопуштена зато што је њен резултат (објективно) неправичан. Низ процесних института инспирисан је разлозима правичности. нпр., накнада трошкова по начелу *culpaе*, повраћај у пређашње стање као *remedium equitatis*. Коришћење тих института противно њиховом циљу, у неправичне сврхе, не би се смело дозволити. Критеријум правичности би требало узимати у обзир и приликом тумачења процесних норми, приликом коришћења дискреционих овлашћења суда, итд.

Вид.: М. Дика, Ауторизационо излагање проф. др. sc. Миајла Дике на 76. Тринаи Правног факултета у Загребу и Клуба правника града Загреба одржаној 19.3.2002. на тему: *Zlouporabe u gradanskom postupku*, Билтен бр. 5, 182-189. електронски извор, доступно на <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, приступ 7.5.2015.

примени права, и, 3) неизвршаваће обавеза у сврхе супротне онима због којих су установљене.^{600, 601}

1.2. Одређеност облика (видова) процесних злоупотреба у Законнику о кривичном поступку

Законодавац се није посебно бавио видовима злоупотреба субјективних процесних права у кривичном поступку. Ово је разумљиво, јер у кривичнопроцесним законима нису изричито одређене границе, односно критеријуми вршења субјективних процесних права. Ниједан процесни закон не садржи изричите одредбе на основу којих би се са сигурношћу могло утврдити које су границе вршења субјективних процесних права, односно у којим видовима могу да се испоље процесне злоупотребе.

То свакако није одуговлачење поступка, на чему инсистира српски Законик о кривичном поступку. Одуговлачење поступка није вид, већ недозвољена последица кривичнопроцесних злоупотреба којој се најчешће тежи у пракси.

Ипак, одређени закључци могу се посредно извести анализом и тумачењем одредаба Законика о кривичном поступку које се односе на превенцију и санкционисање процесних злоупотреба. У претходном тексту навели смо да злоупотреба права може да се позитивише према последици радње злоупотребе и санкцији за злоупотребу.⁶⁰²

Тако, у Законнику о кривичном поступку је наведено да окривљени мора да има браниоца ако се главни претрес одржава у његовој одсутности због неспособности коју је сам проузроковао, такође, ако је због нарушавања реда удаљен из суднице до

⁶⁰⁰ Окривљени, бранилац, оштећени, сведок, вештак ... имају обавезу да по позиву приступе пред суд (орган поступка) ради реализације својих субјективних процесних права. Ако ови учесници без оправданог разлога, односно, ради остварења свог личног (субјективног) процесног интереса (који је у супротности са интересом поступка) не приступе пред суд, они, уствари, не врше право (иако, на први поглед, не поступају по дужности да приступе пред суд). Реч је о томе да је право на суђење у присуству – право-дужност, дакле, *процесно право које се мора вршити*. Права-дужности се злоупотребљавају невршењем (родитељско право). Уколико професор Б. Павишић под „неизвршавањем обавеза у сврхе супротне онима због којих су установљене“ мисли на неприступање оптуженог и/или браниоца пред суд ради одуговлачења поступка и остваривања бенефиције застарелости кривичног гоњења, треба рећи да се овде не ради о злоупотреби обавезе (приступа пред суд), већ о злоупотреби права одбране (на суђење у присуству). Законодавац је ово право одбране подигао на ниво „двоструке процесне обавезе“: обавезе оптуженог да по позиву суда приступи на претрес, и обавезе суда да обезбеди присуство свих оптужених да би одржао претрес. Међутим, ради се, уствари, о *праву оптуженог да му се суди у присуству*, те неприступањем на главни претрес он (и његов бранилац) уствари злоупотребљава ово (субјективно) процесно право-дужност.

⁶⁰¹ Изгледа да је мишљење проф. Б. Павишића има присталица и међу практичарима, тако, исто мишљење о видовима кривичнопроцесних злоупотреба има и Невенка Зеко када каже да постоје три вида злоупотреба процесних права учесника у кривичном поступку, то су: 1) искоришћавање права због сврха супротних законском циљу; 2) прекорачење прописаних граница у примени права, и, 3) неизвршаваће обавеза у сврхе супротне онима због којих су прописане. Вид.: N. Zeko, *Zloporaba prava stranaka u kaznenom postupku*, elektronski izvor, dostupno na: http://www.zupsudvu.hr/zloporaba_nz.asp, pristup 26.6.2014.

⁶⁰² Види први део, глава I, наслов „6. Правни основ забране злоупотребе права“.

завршетка доказног поступка или завршетка главног претреса.⁶⁰³ Другим речима, окривљеном ће се поставити бранилац по службеној дужности уколико је *противциљно злоупотребио субјективно процесно право на суђење у присуству* тако што је себе учинио неспособним да учествује у суђењу, такође, уколико је на суђењу учинио *злоупотребу неморалним вршењем права на одбрану* и због тога удаљен из суднице.

Такође, у Законнику о кривичном поступку је наведено да ће изабрани бранилац бити разрешен ако му је пуномоћје поново дато након опозива или отказа пуномоћја, а до тога је очигледно дошло у циљу злоупотребе права.⁶⁰⁴ Другим речима, изабрани бранилац који *противциљно злоупотреби право-дужност на одбрану оптуженог* у циљу одуговлачења поступка, биће санкционисан разрешењем.

Даље, законодавац је прописао да се окривљени саслушава усмено, са пристојношћу и уз пуно поштовање његове личности.⁶⁰⁵ Одредба је превентивног карактера, јер је у њој посредно речено да је саслушање окривљеног противно овој одредби *злоупотреба органа поступка у виду неморалног вршења права на прибављање доказа* (одбрана окривљеног је доказ у кривичном поступку).

У Законнику о кривичном поступку је наведено да је орган поступка дужан да оштећеног или сведока заштити од увреде, претње и сваког другог напада. Учесника у поступку или друго лице које пред органом поступка вређа оштећеног или сведока, прети му или угрожава његову безбедност, јавни тужилац или суд ће опоменути, а суд га може и новчано казнити до 150.000 динара.⁶⁰⁶ Другим речима, орган поступка је дужан да заштити оштећеног или сведока од *неморалног вршења субјективног процесног права* другог учесника у поступку (оптуженог, браниоца на одбрану, на постављање питања) и да новчано казни такву процесну злоупотребу.

У Законнику о кривичном поступку је наведено да се претресање врши обазриво, уз поштовање достојанства личности и права на интимност и без непотребног ремећења кућног реда. Претресање се врши по правилу дању, а изузетно и ноћу, односно између 22 и 6 часова, ако је дању започето па није довршено или је то одређено наредбом за претресање. Закључане просторије, намештај или друге ствари отвориће се силом само ако њихов држалац није присутан или неће добровољно да их отвори или то одбије да учини присутно лице. Приликом отварања избегаваће се непотребно оштећење.⁶⁰⁷

⁶⁰³ Члан 74. став 1. тачке 5. и 6. Законика о кривичном поступку.

⁶⁰⁴ Члан 80. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

⁶⁰⁵ Члан 86. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁶⁰⁶ Члан 102. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

⁶⁰⁷ Члан 157. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

Тумачећи ове одредбе у контексту предмета овог истраживања могло би се закључити да је законодавац овде рекао да се субјективно процесно право на претресање не може вршити *неморално* (вређањем достојанства личности, права на интимност, непотребним ремећењем кућног реда), *непримерено* (ноћу) или *несразмерно* (угрожавањем туђег права непотребним оштећењем, у већој мери од оне потребне да се обави претресање).

Велики је број одредаба Законика о кривичном поступку у којима се посредно говори о видовима процесних злоупотреба. Навешћемо само још једну од њих, одредбу коју садрже скоро сви континентални кривичнопроцесни закони. Одредба се односи на санкционисање злоупотребе субјективног процесног права на завршну реч. Наведено је да председник већа може, после претходне опомене, прекинути лице које у својој завршној речи прекорачи одобрено време, или вређа јавни ред и морал, или вређа другога, или се упушта у понављање или излагање које очигледно није у вези са предметом.⁶⁰⁸ Тумачећи ову одредбу у контексту предмета овог истраживања могло би се закључити да је законодавац овде рекао следеће: учеснику који злоупотреби право на завршну реч *непримерено* (тако што прекорачи одобрено време), или *неморално* (тако што вређа јавни ред и морал, или вређа другога), или *противциљно* (тако што се упушта у понављање или излагање које очигледно није у вези са предметом) – одузеће се право на завршну реч.

Из анализираних одредби Законика о кривичном поступку могло би се утврдити да су у кривичном поступку могуће злоупотребе у виду противциљног, неморалног, непримереног, несразмерног вршења процесног права.

Али, да ли смо овим исцрпели могуће видове злоупотреба процесних права у кривичном поступку?

2. Конструкција облика (видова) злоупотреба у кривичном поступку

Облици (видови) процесних злоупотреба су критеријуми којима се вреднују, препознају ситуације прелажења граница вршења процесних права. Видови процесних злоупотреба су критеријуми квалификације процесних злоупотреба. То су основи превазилажења граница законитог и прелазка у незаконитост. Некада је то један, а некада

⁶⁰⁸ Члан 413. став 6. Законика о кривичном поступку.

се у процесној радњи злоупотребе могу утврдити више критеријума процесне злоупотребе.

Дакле, постоји онолико видова злоупотреба процесних права колико је елемената који улазе у садржину субјективног кривичнопроцесног права.

Овакав закључак даје нам за право да закључимо да у кривичном поступку може да се утврди постојање следећих видова злоупотреба субјективних процесних права.

- *Злоупотреба шиканозним вршењем права*, зато што се при вршењу кривичнопроцесног права титулар руководио *намером* само или претежно да нашкоди другоме. Нпр., приватни тужилац је оптужио окривљеног за кривично дело које овај није ни учинио. Или, нпр., оптужени својом одбраном неистинито терети саоптуженог или треће лице.

- *Злоупотреба бескорисним вршењем права*, зато што се кривичнопроцесно право врши без икаквог оправданог или иоле значајног интереса и при томе се шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку; реч је о користи које нема, не постоји у моменту предузимања процесне радње или је занемарљива. Нпр., тужилац је у првостепеном поступку исходно осуду окривљеног, суд је прихватио његов предлог кривичне санкције и окривљеном изрекао условну осуду два месеца затвора са роком провере на једну годину, а тужилац се жали на ову пресуду и у жалби предлаже да виши суд преиначи првостепену пресуду у одлуци о кривичној санкцији и окривљеном изрекне условну осуду два месеца затвора са роком провере на две године.

- *Злоупотреба несразменим вршењем права*, зато што се вршењем кривичнопроцесног права остварује интерес који је несразмерно мање вредан од интереса другога коме се при томе шкоди. Нпр., када кривични суд одреди окривљеном притвор, иако се обезбеђење присуства окривљеног у поступку у конкретном случају могло постићи и применом блаже мере.

- *Злоупотреба противциљним вршењем права*, зато што се кривичнопроцесно право врши ради остваривања интереса који није у складу са циљем права и при том се шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку. Нпр., када окривљени није приступио на главни претрес, али не из оправданог разлога, већ је фингирао оправданост да би се рочиште одложило, а поступак одуговлачио ради остварења бенефиције застарелости кривичног гоњења.

- *Злоупотреба непримереним вршењем права*, зато што се кривичнопроцесно право врши на начин који је за другога непотребно тегобан, или је непотребно тегобан за сам поступак. Нпр., овлашћена службена лица полиције врше претрес стана и лица

ноћу, након поноћи, иако за то није било стварне потребе, јер би се исти резултати претресања добили и да је обављено дању, а такво претресање било би мање тегобно за осумњиченог.

- *Злоупотреба неразумним (безразложним или противречним) вршењем права*, зато што се кривичнопроцесно право врши на начин који је противан разумном или другом титуларевом процесном понашању и притом шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку. Нпр., суд одлуком измени процесну ситуацију учесника у поступку и при том му шкоди, али за своју одлуку не да никакве разлоге, или да разлоге који се не могу разумети. Или, нпр., бранилац предложи да се искази сведока који живе у другој држави прибаве замолним путем да би били прочитани на суђењу, а када се то учини, успротиви се читању исказа сведока позивајући се на повреду начела непосредности кривичног поступка.

- *Злоупотреба неморалним вршењем права*, зато што је вршење кривичнопроцесног права у супротности са објективним друштвеним моралом и притом шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку. Нпр., окривљени је у судници смештен у кавез малих димензија из кога даје одбрану и учествује у суђењу. Или, нпр., полиција врши претресање осумњиченог на посебно понижавајући начин.

- *Злоупотреба неправичним вршењем права*, зато што се вршење кривичнопроцесног права у супротности са правичношћу и притом шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку. Нпр., када суд тако организује суђење да окривљеног смести у удаљени део суднице, из којег не може да има несметану комуникацију са судом и браниоцем, док је тужилац несметан у својим излагањима.

2.1. Злоупотреба шиканозним вршењем кривичнопроцесних права

Сигурно се у судницама безброј пута чуло како бранилац (пуномоћник), одговарајући, изјављује да је тужба тужиоца само обична измишљотина, и да представља шикану према окривљеном (туженом).

Шиканозно вршење кривичнопроцесног права постоји када титулар субјективног процесног права врши право само или претежно да би нашкодио другом учеснику у поступку или трећем лицу.

Ово је субјективно конципиран основ, за његово постојање није довољна свест извршиоца злоупотребе о шкођењу, већ је потребна и намера шкођења (*animus nocendi*).

Овде шкођење треба схватити као неповољну последицу коју вршење процесног права поузрокује другом лицу.⁶⁰⁹ Шкођење је примарно процесно, и манифестује се у неоснованом довођењу другога уопште у процесну ситуацију да буде странка у кривичном поступку, али и кроз вршење других процесних радњи (субјективних процесних права) предузетих током поступка искључиво или претежно ради шкођења другоме. Секундарно, ово шкођење се материјализује као штета за друго лице коју треба схватити у грађанскоправном смислу као стварну штету и/или измаклу корист. Стварна штета може бити како материјална, тако и нематеријална.

О овом виду злоупотребе кривичнопроцесног права радило би се, рецимо, увек када је кривични поступак покренут и води се због кривичног дела које се гони по приватној кривичној тужби, а које није ни учињено (злоупотреба кривичног поступка), када је догађај који је предмет поступка измишљен, а тужилац га води само из разлога да окривљеном нанесе што већу материјалну и нематеријалну штету. Штета за окривљеног испољава се у стварној штети у виду трошкова за ангажовање браниоца, у измаклој користи коју окривљени трпи јер је ускараћен за зараду која му је измакла услед тога што је, уместо на радном месту време провео на суду бранећи се од неоснованих, лажних оптужби тужиоца. Нематеријална штета испољава се у душевним патњама за окривљеног због чињенице да је, иако недужан за дело које му је стављено на терет, у обавези да се појављује на суду, да се брани од лажних оптужби, да објашњава околини да је неосновано, лажно оптужен.

Штета за јавни интерес испољава се у непотребном ангажовању правосудног апарата, чије свако покретање изискује велике трошкове.

А. В. Юдин сматра да је шиканозно вршење процесних права један од видова процесне злоупотребе који је карактеристичан и за парнични и за кривични поступак. Овај вид злоупотребе назива *неосновано покретање поступка*. Реч је о јасно неоснованом обраћању лица органима који су овлашћени за вршење правно значајних радњи. Привлачност таквог обраћања за подносиоца пријаве, односно тужбе јесте у томе да је орган поступка, односно суд овлашћен, али и обавезан да примењује мере принуде против лица назначеног у пријави као одговорног за наводну повреду тужиоцевог субјективног права. Ово вршење принудних мера произилази из неопходности да правосудни орган уложи макар минимум труда према туженом да би установио истину и утврдио основаност навода пријаве, односно тужбе. Држава користи принудна

⁶⁰⁹ V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Nomos“, Beograd, 1997., 11.

средства у потпуности оправдано. Пријављено, односно тужено лице се позива да да објашњења, упућују му се позиви у својству оптуженог, од њега се траже докази; поучава се да је неопходно да потражи услуге адвоката, или да добије какву другу правну помоћ; лице може бити приморано да сноси судске трошкове, могу да му се изрекну ограничења у погледу располагању сопственом имовином. У кривичним стварима закон ставља пријављено, односно тужено лице у очигледно неравноправан положај у односу на тужиоца. У предметима покренутим неоснованом приватном кривичном тужбом предаја тужбе суду је сама по себи повод за покретање поступка и долазак лица на суд у својству окривљеног.⁶¹⁰

Овакве ситуације су у пракси итекако могуће. „Парничење“, негативна појава врло присутна на српском селу до почетка деведесетих година XX века, са елементима душевне болести у свом појму, која представља болесну страст, потребу за судским спором и парничењем у свим облицима једино у циљу малтретирања свог процесног противника, пројектује се и на кривични поступак.⁶¹¹ Измишљени (фингирани) грађански деликт врло често представља и (измишљени) кривични деликт који се гони приватном кривичном тужбом. Најзад, ови грађански деликти могу да буду испровоцирани одређеном сврхом, наменом, намером притиска на другу страну и да

⁶¹⁰ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском и уголовном судопроизводстве: межотраслевой анализ*, Lex Russica (научные труды МГЮА), № 5/2006, 976-987.

⁶¹¹ „*Paranoia querulans* је облик параноје из групе ревандикационих суманутости која се карактерише склоношћу за парничењем, што произилази из става болесника о непризнатим правима, заслугама и вредностима. У тражењу тих непризнатих права, често се сусрећу по судовима или покрећу поступке, они туже, воде маратонске парнице, решавају спорове тражећи помоћ и код највиших инстанци власти све до међународних судова. Ништа на свету не може да одврати параноике од њихових намера, а сваки нови неуспех је основа за формирање нових „доказивања“. На њиховој крутој непоправљивости разбијају се сви стварни противдокази, они изврћу чињенице у своју корист, тумаче законе једнострано у своју корист, немају разумевања за права других, оптужују судије и вештаке због наводне пометености, нестручности и предрасуда, а окрећу се чак и против властитих бранилаца, које често мењају, и гомилају жалбу на жалбу тако да њихова акта постају све обимнија. Обично долазе у суд са торбом пуном папира, жалби, решења, „доказа“ да су у праву. Карактерно, кверуланци су обележени хипертимним карактером. Својом речитошћу врло често делују убедљиво на блиски круг сугестибилних и психопатских особа. Резултати истраживања садржаја говора параноидних особа истичу семантички или вербални профил параноидне самопрезентације. Присуство систематизованих суманутих идеја у психопатологији параноичара опредељује и њихово понашање и релације у социјалној средини. Уколико доживе неуспех у парничном поступку, параноичари постају још убеђенији у исправност својих ставова и у неправедност судских вештака, међутим када се искористе све законске могућности у вођењу поступка и при томе не добије тражена помоћ и заштита, и када болест показује прогресију, параноичари често траже излаз у обрачунавању или агресиви из чега произилази и кривично-правни и грађанско-правни значај. Успешни менаџмент параноје је веома тежак и он може захтевати хоспитализацију, фармакотерапију и неку од форми психотерапије. Догађа се да параноичар у тражењу и остваривању својих права и доказивању својих непризнатих вредности потроши целокупну своју имовину и материјално осиромаша, што је разлог неопходности друштвене заштите“. Вид.: Z. Gajić et al, *Paranoia querulans u sudsko-psihijatrijskoj praksi*, Aktuelnosti iz neurologije, psihijatrije i graničnih područja, God. XIII, Br. 1-2, 2005., 81-85.

узрокују, „повуку“ за собом кривични поступак који је покренут само из шиканозних разлога.

Шиканозно вршење кривичнопроцесних овлашћења може да се испољи и кроз злоупотребу процесних института, односно, појединачних субјективних процесних права. То ће, рецимо, увек бити случај када се оптужени брани тако што неосновано, лажно оптужује саоптуженог или друго лице за кривично дело које овај није извршио.

Тако, у пресуди Врховног суда Федерације Босне и Херцеговине наведено је: „Ако оптужени одлучи да дадне свој исказ, онда он са једне стране нема обавезу да дадне истинити исказ, али са друге стране такво своје право не смије да злоупотребљава у смислу да за учињење кривичног дјела свјесно и лажно терети друге особе у настојању да се створе претпоставке за предузимање кривичног гоњења против тих особа. То значи да је одбрана оптуженог његово право а не дужност, па ако се одлучи да је изнесе може бити и исконструисана, али само у оквиру тог права на одбрану која не подразумјева могућност свјесног и лажног пребацивања његове кривње на друге особе”.^{612, 613}

Поставља се питање да ли може да се говори о шиканозном вршењу кривичнопроцесног права када су пријављена кривична дела која се гоне по службеној дужности (која спадају у надлежност јавне оптужбе), а подносилац пријава накнадно сазна да дела која је пријавио нису кривична дела, па ипак преузме кривично гоњење (оштећени као тужилац) од јавног тужиоца. Има мишљења да се у таквим случајевима ради о кривичнопроцесној злоупотреби.⁶¹⁴ Пракса показује да је ова појава релативно

⁶¹² Presuda Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine, broj 070-OKŽ-07-000360 od 06.09.2007. godine, objavljena u: Bilten sudske prakse Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine broj 2, Sarajevo, juli-decembar 2007., 14., elektronski izvor, dostupno na http://pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=3278, pristup 31.01.2017.)

⁶¹³ Уп.: „Али читалац може да се запита каква је веза између института злоупотреба права, права на одбрану ћутањем и лажи?

Одговор лежи у сврси радње, јер је право на ћутање оличено у праву на закониту одбрану, а то значи да му је, заправо, дозвољено да се брани. Међутим, оптужени не може да пређе границе самоодбране и омета поступак. Односно, може да се брани, али не може да припише кривицу другој особи, нити да ствара препреке за ток поступка, јер би то онда било неоправдано одуговлачење поступка, забрањено нашим Уставом“. Вид.: Е. I. Dellatorre Andrade, *O direito constitucional ao silêncio e o “direito” a mentir em âmbito processual*, Especialização em direito público, Escola superior da magistratura federal do rio grande do sul – esmafe, elektronski izvor, dostupno na: http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf, pristup 5.10.2014.

⁶¹⁴ Тако, Сузана Милевска поставља питање оправданост постојања института оштећеног као тужиоца у македонском кривичнопроцесном систему и долази до закључка да не оправдава своје постојање нити у пракси даје очекиване резултате, већ да више представља основ за процесне злоупотребе од стране оштећеног у виду одуговлачења поступка и малтретирања осумњиченог. Наводи као пример три случаја која су запажена током вишегодишње праксе у Основном суду Кочанима, наиме, да се нека лица врло често јављају као супсидијарни тужиоци, односно за исти кривичноправни догађај, након иницијалних аката ових лица да воде више кривичних поступака против истих или различитих лица.

честа, посебно када се ради о кривичним делима наводно учињеним од стране лица у систему власти или привредним системима.

Слажемо се да се у оваквим случајевима ради о злоупотреби субјективног процесног права на приступ кривичном суду. Међутим, при том се истовремено ради о

У првом случају у периоду од 2005. закључно са 2012. годином пред Основним судом у Кочанима лице С.Н. се појавило као супсидијарни тужилац у укупно 12 кривичних поступака, који су сви у вези једног истог догађаја. Наиме, супсидијарни тужилац је 1999. године водио више управних и грађанских спорова у којима је захтевао да му буде признат статус осигураника Фонда за здравствено осигурање и право на рефундирање новца од стране Фонда за плаћене здравствене услуге. Зато што је изгубио све спорове, овај „оштећени“ је почео са подношењем кривичних пријава Основном јавном тужилаштву у Кочанима против одговорних и службених лица Фонда за здравствено осигурање, а након одбацивања кривичних пријава подносио је супсидијарне тужбе против више лица, углавном за кривична дела злоупотреба службеног положаја и овлашћења и неизвршавања судске одлуке. Како није успео ни у кривичним поступцима против ових лица, почео је да подноси кривичне пријаве, а потом и супсидијарне оптужбе за злоупотребе службеног положаја и овлашћења и против свих службених лица која су поступала у овим поступцима као судије, тужиоци, адвокати и слично. Истовремено, паралелно са овим наставио је да подноси кривичне пријаве и супсидијарне оптужбе против службених лица Фонда против којих је већ вођен поступак за исте правне ствари, само са променом кривичних дела, чак и против службених лица која су запослена у Фонду током свих наредних година. Иако ни у једном од 12 поступака које је водио као супсидијарни тужилац није успео, С.Н. је и даље наставио да подноси кривичне пријаве и супсидијарне оптужбе против истих лица, али и против свих службених лица која су учествовала у кривичним поступцима, као и оних која су раније поступала у парничним поступцима, па чак и против судија које су поступале по његовим правним лековима.

У другом случају супсидијарни тужилац С.Д. је пре више од 10 година водио радни спор пред Основним судом у Делчеву у вези су његовим престанком радног односа. Зато што је изгубио спор почео је са подношењем кривичних пријава не само против одговорних лица и запослених у институцији у којој му је престао радни однос, већ и против судија које су поступале у предметима по његовим тужбама. Круг лица против којих је поднео кривичне пријаве и супсидијарне оптужбе све више се ширио и на оне судије и тужиоце који су поступали по његовим кривичним пријавама и супсидијарним тужбама пред Основним судом у Делчеву, па како су све судије изузете јер је водио кривичне поступке против њих, по овим тужбама је одређен да поступа Основни суд у Кочанима. С.Д. је био незадовољани и одлукама судија тог суда, наставио је да подноси кривичне пријаве и против сваког судије у том Основном суду који је поступао по његовим супсидијарним тужбама, углавном за кривично дело злоупотреба службеног положаја и овлашћења. У периоду од 2006. до данас овај супсидијарни тужилац је водио укупно 11 поступака, само пред Основним судом у Кочанима, пре него што су узети у обзир и поступци које је водио пред Основним судовима у Делчеву и Виноци, и наставља се подношењем кривичних пријава и супсидијарних тужби, иако до данас није успео нити у једном поступку као супсидијарни тужилац.

У трећем случају лице оштећени М.Ш. је водио поступак пред Ветеринарском инспекцијом у вези са исплатом субвенција за узгој стоке, а поводом еутаназије дела његове стоке код које је утврђена болест бруцелоза. Незадовољан овим поступком поднео је кривичне пријаве против свих службеника који су на било који начин учествовали у поступку, међу којима и против ветеринарских инспектора, стручних лица и других запослених у инспекцији, а по одбацивању кривичне пријаве од стране јавног тужиоца наставио је поступак подношењем супсидијарних оптужби. Тако, у току 2011. и 2012. године водио је шест поступака против истих лица за кривична дела несавестан рад у служби, незаконито вршење претреса, злостављање у вршењу службе, злоупотреба службеног положаја и овлашћења. Пошто није успео ни у једном поступку који је водио, овај оштећени је наставио да подноси кривичне пријаве и супсидијарне тужбе и против јавних тужилаца и судија који су поступали у овим поступцима, и ова пракса се наставља и даље, и у 2013. години је заведено више поступака који су у току.

Анализом ових случајева С. Милевска закључује да у судској пракси нису ретки случајеви у којима је институт оштећеног као тужиоца у кривичном поступку злоупотребљен од стране оштећеног којем је закон дао могућност да настави поступак након повлачења јавног тужиоца.

Вид.: S. Milevska, *Оштетеност како тужител во кривичната постапка*, Masters thesis, Goce Delcev University, Stip, 2014., elektronski izvor, dostupno na <http://eprints.ugd.edu.mk/10378/>, pristup 5.11.2016.

постојању кривичног дела лажно пријављивање, при чему се примарно врши кривично дело, а секундарно процесна злоупотреба.^{615, 616}

Најзад, може ли орган гоњења (полиција, јавни тужилац) да изврши злоупотребу шиканозним вршењем права пре или у току поступка за кривична дела која се гоне по јавној тужби? Дакле, може ли да постоји шиканозно вршење кривичнопроцесних права када је реч о кривичним делима која се гоне по службеној дужности?

У теорији постоји мишљење да државни орган не може да изврши шиканозну злоупотребу, управо због чињенице да је државни орган, па му као правном лицу недостају психичке карактеристике физичког лица (тако и *animus nocendi*). Ми не делимо ово мишљење. Не улазећи на овом месту у теорије личности правног лица (јер се то коси са економијом овога рада), чини се да ни Европски суд за људска права (ЕСЈП) не дели такво мишљење. У одлуци у предмету *Yaremenko v. Ukraine* суд је утврдио да је пресуда која је изречена подносиоцу за кривично дело учињено 1998. године заснована првенствено на признању које је истражни орган прибавио без присуства браниоца, а које је подносилац повукао одмах следећег дана. У овом случају надлежни органи власти су, истражујући насилну смрт, покренуле кривични поступак због кривичног дела наношење тешких телесних повреда квалификованих смрћу, а не поводом убиства. Претходно поменуто дело је било мање тежине и није захтевало обавезно присуство браниоца осумњиченог. Непосредно након што је признање добијено, дело је било преквалификовано као убиство, те је подносилац за то дело и оптужен. Оцењујући ову процесну ситуацију Европски суд је рекао: „*Ове околности дају повода сумњи да је постојала прикривена намера у погледу почетне квалификације дела* (курзив М.Д.). Чињеница да је подносилац најпре признао дело без присуства браниоца, па исто одмах потом повукао у присуству адвоката, указује на рањивост његовог положаја и стварну потребу за адекватном правном помоћи, која му је *de facto* ускраћена ... захваљујући

⁶¹⁵ Члан 334. Кривичног законика, „Лажно пријављивање“: (1) Ко пријави одређено лице да је учинило кривично дело за које се гони по службеној дужности, а зна да то лице није учинилац тог дела, казниће се... (2) Ко подметањем трагова кривичног дела или на други начин изазове покретање кривичног поступка због кривичног дела за које се гони по службеној дужности против лица за које зна да није учинилац тог дела, казниће се... (3) Ко сам себе пријави да је учинио кривично дело за које се гони по службеној дужности, иако зна да га није учинио, казниће се... (4) Казном из става 3. овог члана казниће се и ко пријави да је учињено кривично дело за које се гони по службеној дужности, иако зна да то дело није учињено.

⁶¹⁶ Вид.: други део, глава IV, наслов „2.4. Злоупотребе процесних права оштећеног као тужиоца у кривичном поступку“.

начину на који је полицијски иследник спроводио своје дискреционо право у вези с квалификацијом кривичног дела које је истраживао“.⁶¹⁷

Сматрамо да шиканозна процесна злоупотреба код кривичних дела која се гоне по јавној тужби може да буде извршена не непосредно (подношењем лажне кривичне пријаве и гоњењем против лица, односно, кроз радње вршења процесних права које се не односе непосредно на оптужење), већ посредно, нпр., кроз процесне радње доказивања (злоупотреба процесних института). Тако, шиканозно врши овлашћење полицијски службеник који је у врсту за препознавање тенденциозно, у *намери да нашкоди осумњиченом*, међу Роме поставио лице које није Ром, или обратно, у намери да управо то лице буде „препознато“ као извршилац кривичног дела и на основу тога оптужено.

Дакле, шиканозно вршење кривичнопроцесног права није резервисано само за иницирање, отпочињање фиктивног кривичног поступка. О овом виду процесне злоупотребе радиће се увек када титулар процесног права право врши искључиво или претежно да нашкоди другоме. Тако, реч је о злоупотреби шиканозним вршењем процесног права када јавни тужилац у истрази свесно, *са намером шкођења* постави осумњиченом за браниоца по службеној дужности адвоката за којег зна да окривљеном не може да пружи делотворну одбрану у поступку (јер тај адвокат није специјалиста за кривично, већ за неку другу грану права).

Државни орган, односно јавни тужилац може да учини процесну злоупотребу шиканозним вршењем права на оптужење. То ће бити случај онда када је учињено кривично дело које се гони по службеној дужности, али јавни тужилац свесно није оптужио за то, већ за *тежи облик* тог кривичног дела, или за друго теже кривично дело од извршеног, све у *намери* да се за оптужбу добију одређене погодности у поступку, односно, гледано са аспекта друге стране, да би се нашкодило оптуженом.⁶¹⁸

⁶¹⁷ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Yaremenko v. Ukraine*, представка број 32092/02, 12. јун 2008. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009., 133.

⁶¹⁸ На сличан начин размишља Полона Мозетич када каже: „Посебно озбиљан проблем су злоупотребе, када тужилац намерно претерује у правној квалификацији кривичног дела да оправда радње, које су везане за врсту и тежину наводног дела. Ако тужилац претерује са правном квалификацијом (на непромењеној чињеничној основи) суд и тако није везан правном квалификацијом оптужбе. Ако пак, преувеличава и заговара чињенице да би оправдао озбиљнију правну квалификацију суд због злоупотребе права не би требао да узме у обзир накнадне измене оптужнице, а оптуженог би требало да ослободи за првобитно наводно кривично дело“. И даље: „У случају злоупотребе права тужилаштва, суд мора да ускрати правну релевантност радњи које превазилазе овлашћење и на тај начин представљају његову злоупотребу. Измену оптужнице, која би била *шиканозна или би представљала другачију злоупотребу тог института* (курзив М.Д.), оптужени може да оспори тако да од претресног већа захтева, на основу члана 22 Устава [Републике

Тако, из судске праксе бележимо следећи случај. Окружни јавни тужилац (ОЈТ) је оптужницом ставио на терет С.М. извршење кривичног дела убиство из члана 113. Кривичног законика (КЗ). Према наводима оптужнице С.М. је кривично дело извршио тако што је 17.2.2008. године око 4,00 сата на Копаонику у туристичком центру „Конаци“ на платоу који се налази испред кафеа „Ројал“, свестан да је такво његово поступање забрањено, најпре пришао М.М. и Т.Ј. који су се свађали како би их раздвојио, па са М.М. разменио неколико међусобних удараца рукама, којом приликом је песницом ударио М.М. у предео лица и нанео му тешку телесну повреду у виду прелома костију носне пирамиде са дислокацијом преломљених фрагмената, од ког ударца је М.М. пао на тло, а затим, док је М.М. непомично лежао на тлу, пришао му, па, иако је био свестан да на такав начин може да га лиши живота на то пристао и ногом обувеном у патику више пута га ударио у пределу главе и тела, да би, пошто су га присутни одвојили од М.М. и на тај начин спречили да га даље удара ногама и предложили да се М.М. однесе са снега на којем је лежао, рекао: „Нека цркне када удара женско“, након чега се удаљио и оставио М.М. да лежи на том месту, при чему је услед тога и задобијених повреда код М.М. наступила смрт.

Након главног претреса донета је пресуда којом је С.М. оглашен кривим због извршења кривичног дела тешка телесна повреда квалификована смрћу из члана 121 став 3 у вези става 1 КЗ и осуђен на казну затвора у трајању од пет година. Према наводима пресуде С.М. је кривично дело извршио тако што је 17.2.2008. године око 4,00 сата на Копаонику, у туристичком центру „Конаци“ на простору који се налази испред кафеа „Ројал“, на молбу Д.С. да му помогне да заједно смире М.М. који се свађао са Т.Ј. и вукао је за одећу, пришао М.М., ушао у краћу расправу са њим, затим разменио са њим неколико удараца рукама, при чему га је М.М. ударио руком у нос и нанео му лаку телесну повреду у виду прелома носних костију без значајније дислокације, а затим, свестан да је такво његово поступање забрањено, те да њиме може тешко да повреди другог и хотећи такво извршење дела другог тешко телесно повредио тако што је песницом ударио М.М. у корен носа са леве стране и нанео му тешку телесну повреду у виду прелома костију носне пирамиде са дислокацијом преломљених фрагмената, од којег ударца је код М.М. дошло до поремећаја сензоријума, те је услед тога и стања алкохолисаности од 2,2 грам промила алкохола у крви пао на подлогу на леђа и почео обилно да крвари из раскиданих крвних судова око преломљених носних костију, а затим, док је М.М. непомично лежао на подлози више пута га ударио ногом обувеном у патику

Словеније], да ускрати правни значај такве измене“. Vid.: P. Mozetič, *Zloraba procesnih pravic v kazenskem postopku*, Zbornik znanstvenih razprav, Letnik LXVI (2006), 145-172.

у предео главе и тела, након чега су га присутни одвојили од М.М. и спречили га да га даље удара, а затим се, иако је према околностима под којима је дело учинио и према својој животној доби, те чињеници да се бавио спортом био дужан и могао бити свестан да услед оваквог повређивања може наступити смрт М.М., заједно са Т.Ј. удаљио и оставио повређеног М.М. да лежи на том месту, па је код М.М. због крварења убрзо дошло до запушења душника и душница, аспирације крви у плућа и насилног механичког удушења, услед чега је код њега наступила смрт.

Куриозитет случаја јесте да је јавни тужилац већ у истрази из налаза и мишљења вештака специјалисте судске медицине имао сазнање да је преминули умро од обилног крварења из раскиданих крвних судова, запушења душника и душница, аспирације крви у плућа и насилног механичког удушења, односно, од гушења сопственом крвљу, а не непосредно од удараца оптуженог. Ипак, свесно је оптужио окривљеног за убиство, а не за тешку телесну повреду квалификовану смрћу.⁶¹⁹

Дакле, шиканозно вршење процесних права од стране тужиоца могуће је и у кривичним стварима иницираним јавном тужбом.

Безначајност интереса за покретање поступка је релативна околност и зависи од сваког конкретног случаја. Овај основ шиканозне злоупотребе појављује се чешће у пракси парничног поступка, у којем не постоји цензус вредности тужбеног захтева, тако да су у парничном поступку могући и очигледни случајеви шиканозне процесне злоупотребе утужењем за вредности који су десетине, стотине пута мање од укупне суме трошкова који ће настати у току судског поступка.

Овај вид, као вид процесне злоупотребе права на представку, уочен је у пракси, односно поступку пред Европским судом за људска права. Тако, у *Bock v. Germany* (одлука) подносилац представке се жалио због дужине парничног поступка који је повео ради накнаде трошкова неког дијететског препарата који му је преписао лекар, за износ од 7,99 евра. Суд је приметио да је већ затрпан изузетно великим бројем представки по којима је поступак у току и које отварају озбиљна питања из области људских права, нагласивши да постоји несразмера између тривијалности наведених чињеница и употребе система заштите по Конвенцији, с обзиром на безначајност износа о коме је реч (укључујући ту и поређење између тог износа и плате подносиоца представке) као и на чињеницу да се поступак о коме је реч не односи ни на какав фармацеутски производ у смислу лека, већ на дијететски препарат. Суд је такође указао на то да поступци као што

⁶¹⁹ Списи предмета Окружног суда у Краљеву К. 41/08, пресуда Окружног суда у Краљеву К. 41/08 од 5.3.2009. године. Извор: архива Окружног суда у Краљеву.

је тај поступак само доприноси томе да домаћи судови буду претрпани предметима, што само доприноси једном од узрока прекомерне дужине поступка. С тих разлога, представка је одбачена као злоупотреба права на представку.⁶²⁰

У кривичном поступку овакве ситуације су донекле превениране институтом кривичног материјалног права „дело малог значаја“. У Кривичном законнику под овим рубрумом наведено је: није кривично дело оно дело које, иако садржи обележја кривичног дела, представља дело малог значаја; дело је малог значаја ако је степен кривице учиниоца низак, ако су штетне последице одсутне или незнатне и ако општа сврха кривичних санкција не захтева изрицање кривичне санкције; одредбе става 1. и 2. овог члана могу се применити на кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна.⁶²¹ Међутим, ова одредба, условно речено, не спречава јавног тужиоца да чини злоупотребе шиканозним утуживањем за тзв. багателна кривична дела у намери да нашкоди оптуженом, јер то да ли је предмет оптужбе дело малог значаја или кривично дело одлучује суд након спроведеног кривичног поступка у сваком конкретном случају. Другим речима, одредба кривичног материјалног закона која се односи на дело малог значаја је примарно усмерујућа, обавезујућа за суд, а тек потом, секундарно за тужиоца који иницира кривични поступак.

Утужења од стране јавног тужиоца за тзв. багателна кривична дела, као типична злоупотреба шиканозним вршењем процесног права на оптужење, могу да имају свој значај у ситуацијама када се орган јавног тужиоца користи ради експонирања личних или групних политичких или професионалних интереса, као средство да се професионални или политички претендент компромитује или спречи да напредује у каријери. За било коју функцију у органима државне власти или политици претенденту је потребна потврда да се против њега не води кривични поступак за кривична дела која се гоне по јавној тужби. У ситуацијама конкурса, избора, реизбора врло је једноставно елиминисати лице као конкурента или као „непожељно“ простом чињеницом да не може да добије потврду да се против њега не води актуелни кривични поступак.⁶²²

⁶²⁰ Вид., *Bock v. Germany*, no. 22051/07, ECtHR (Fifth Section), Decision of 19.01.2010., електронски извор, доступно на: <http://freecases.eu/Doc/CourtAct/4548597>, приступ 15.11.2017.

⁶²¹ Члан 18. Кривичног законика Србије.

⁶²² Навођење било којег случаја ове врсте из домаће судске праксе водило би шпекулацији.

Али, у другом делу, глава IV, под насловом „2.4. Злоупотребе процесних права оштећеног као тужиоца у кривичном поступку“ навели смо пример лица М.М. које је у периоду од 2007. до 2009. године пред Окружним судом у Краљеву водило десетине кривичних поступака против судија и јавних тужилаца из више градова Републике Србије. У току лета 2009. године у Србији је спроведен тзв. општи реизбор свих судија. Због околности да је М.М. против њих водио кривичне поступке (види фусноту број 803) судије

2.2. Злоупотреба бескорисним (безинтересним) вршењем кривичнопроцесних права

Субјективно процесно право је дато титулару права да оствари какав конкретан процесни интерес, конкретну процесну корист у конкретном кривичном поступку. Уколико у вршењу субјективног процесног права нема таквог интереса, користи, реч је о кривичнопроцесној злоупотреби у виду бескорисног вршења процесног права.

Бескорисно (безинтересно) вршење субјективног кривичнопроцесног права, као вид процесне злоупотребе, постоји када учесник у кривичном поступку врши своје субјективно процесно право, а да тиме не остварује никакав интерес или не онај иоле значајан, и при том шкоди другим учесницима у поступку или самом поступку.

То ће бити увек случај када се субјективно процесно право врши, а да процесноправни интерес титулара права не постоји, никада није ни постојао, или је постојао, али је задовољен, те више не постоји.

Недостатак процесног интереса који није ни постојао имали бисмо, нпр., у случају када странка у поступку предлаже извођење доказа на околности које нису спорне; или када предлаже извођење доказа ради доказивања чињеница које се не доказују (ноторне чињенице).

Недостатак процесног интереса који је постојао, али је задовољен постоји, нпр., у случају када је тужилац тражио осуду и казну, коју је и добио пресудом, а онда се жалио на пресуду због одлуке о казни тражећи строжу казну.

Нпр., пресудом основног (првостепеног) суда оптужени С.П. и П.М. оглашени су кривима да су извршили кривично дело насилничко понашање у саизвршилаштву из члана 344. став 2. у вези члана 1. Кривичног законика (КЗ) и осуђени, сваки од њих, на казне затвора у трајању од једне године. Овом одлуком првостепени суд је у потпуности усвојио предложени захтев јавног тужиоца, који је у завршној речи предложио осуђујућу пресуду, те да суд оптужене осуди на казне затвора у трајању од једне године. Жалбу на пресуду је изјавио јавни тужилац, само због неправилне одлуке о кривичној санкцији, предложио је да виши суд преиначи првостепену пресуду у погледу одлуке о казни и окривљене осуди на казне затвора у дужем временском трајању. Виши суд је одбио жалбу тужиоца као неосновану уз констатацију да је првостепени суд правилно утврдио олакшавајуће и отежавајуће околности и у конкретном случају дао им адекватан

Окружног суда у Краљеву имале су проблема да прибаве потврде да се против њих не воде кривични поступци.

значај.⁶²³ Ми, пак, посматрамо овај случај као злоупотребу процесног права јавног тужиоца на жалбу, сматрамо да је жалба тужиоца требала да буде одбачена јер тужилац није имао правни интерес да је изјави, наиме, његов правни интерес је у потпуности задовољен пред првостепеним судом, те је његово изјављивање жалбе на првостепену одлуку због одлуке о казни злоупотреба безинтересним вршењем права на жалбу.

Безинтересна злоупотреба субјективног процесног права јавног тужиоца на постављање питања сведоку (или окривљеном) постојала би, нпр., када јавни тужилац на суђењу поставља питања, али не ради разјашњења конкретне кривичне ствари, поступка у којем поставља питања и тражи одговоре, већ ради разјашњења друге ствари, одговори су му потребни за други кривични поступак („води истрагу“ на главном претресу за друго кривично дело против истог окривљеног).

2.3. Злоупотреба непримереним вршењем кривичнопроцесних права

Непримереност као критеријум злоупотребе карактерише начин на који се врши субјективно право. Овде је циљ због којег се право врши допуштен, али није допуштен начин на који се врши јер потпуно дискредитује право другога, или је излишно, непотребно тегобан по другога, а постојао је и други, алтернативни начин којим, да је право вршено, ситуација би по другога била повољнија, односно његово право не би било повређено.

Може ли у кривичнопроцесном односу да се говори о непримереном вршењу субјективних процесних права? Ми мислимо да може.

Мутабилитет оптужбе је процесни институт који је логична последица истицања принципа материјалне истине у континенталном кривичном поступку. У овом моделу тужилац има могућност да до краја суђења измени оптужницу, ако сматра да докази изведени током суђења указују на то да се променило чињенично стање изнето у оптужници. Ово значи да тужилац није везан својим првобитним наводима у оптужници, јер они могу да се измене у току поступка, чиме се мења и предмет доказивања. Мутабилитет оптужбе је, тако, процесни институт који ставља тужиоца у веома повољан положај у односу на окривљеног. Због тога је ово процесно право тужиоца спорно у односу на једнакости странака у кривичном поступку.

⁶²³ Пресуда Основног суда у Краљеву 7К. 348/16 од 28.7.2017. године, пресуда Вишег суда у Краљеву Кж1-152/2017. од 18.12.2017. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

Уставни суд Републике Словеније је у предмету U-1-289/95 одлучио да право тужиоца на измену оптужнице, само по себи, није у супротности са било којом од уставних гаранција, ако га тужилац не злоупотребава и ако је истовремено допуштено да и оптужени може у вези са промењеним околностима да заштити своја права у начелно једнаком правном положају као да се измена није десила. Уставни суд је написао: „Забрана злоупотребе процесних права произилази из принципа једнаке заштита права и обавезује обе странке у поступку, како тужиоца, тако и окривљеног. Злоупотреба права постоји ако носилац права излази из правно дозвољеног апстрактног права, које конкретизује и материјализује на такав начин да његово понашање прелази границе права. Настаје сукоб између два права која се међусобно искључују. До конфликта долази зато што се дешава да су једно наспрам другог два права, и једно се врши тако да делимично или потпуно онемогућава да се активира или врши друго. Већ сама околност да се овлашћење врши на начин који шкоди обавезном лицу или му „отежава његов положај“, представља злоупотребу права. У складу са одредбом члана 22 Устава [Републике Словеније], дакле, у случају када странка у поступку злоупотреби своја процесна права, суд треба да одузме правни значај процесне радње која прелази оквире овлашћења, и тако представља његову злоупотребу. Зато суд мора, приликом доношења пресуде, да провери измену оптужнице и са ове тачке гледишта“.

Другим речима, Уставни суд [Републике Словеније] је рекао да институт мутабилитета оптужнице генерално није у супротности са начелом равноправности странака у кривичном поступку. До губитка равнотеже између странака ће доћи ако тужилац у *конкретном случају* злоупотреби ово право, што је забрањено. Код института мутабилитета оптужбе долази до колизије између права тужиоца да располаже оптужним актом и права оптуженог на одбрану. Измена оптужнице не сме да умањи право оптуженог на одбрану. Злоупотребом права се, дакле, сматра случај када тужилац *суштински измени оптужницу непосредно пред крај главног претреса, иако је то могао да уради раније*. Са изменом оптужнице тужилац је изменио предмет доказивања, тако да може да поништи дотадашње напоре одбране, јер тиме њена одбрамбена верзија постаје нерелевантна. Сигурно је немогуће да се развије и спроведе активна одбрана, ако се предмет спора стално мења до краја суђења. У ствари, сама могућност измене навода оптужбе, без обзира на то да ли је заиста реч о томе да су се чињенице измениле или не, значи да странке нису у истом положају. Оптужени зато мора бити пажљиво и прецизно информисан о свим чињеничним и правним околностима оптужбе и мора имати довољно времена и могућности за припрему одбране. У супротном, свака измена оптужбе ставља одбрану у лошији положај. Став Уставног суда [Републике Словеније], изнет у наведеној одлуци, да институт мутабилитета оптужбе, сам по себи, не ставља одбрану у слабији положај односио би се само на следеће случајеве: 1) када тужилац измени оптужницу

тако да утужи (и захтева) квантитативно мање, али не квалитативно другачије, 2) када тужилац измени оптужни акт само редакцијски (нпр., поправи само очигледне грешке у куцању), а не и суштински, или 3) када се оптужени сагласи са изменом оптужног акта.⁶²⁴

Непримереност као карактеристика процесне злоупотребе односи се пре свега на непримереност вршења процесног права с обзиром на фазу судског поступка. Процесна радња је дозвољена у поступку *in abstracto*, али није дозвољена у *конкретном стадијуму поступка* јер шкоди праву другога, а могла је да буде учињена другачије, у другој фази поступка, када не би била тако тегобна по другога (као у наведеном примеру из одлуке Уставног суда Словеније).

Међутим, код злоупотребе непримереним вршењем права није реч само о непотребној тегобности за другог учесника у поступку. Овај облик процесне злоупотребе постојаће и у случају када није било алтернативног поштеднијег начина вршења права, а титулар права је вршењем свог права повредио неко од права другог учесника у поступку које спада у процесне гаранције.

Пример за ово налазимо у пракси Европског суда за људска права. У предмету Ruslan Yakovenko против Украјине суд се бавио поступком предвиђеним домаћим законом за подношење жалбе на пресуду у кривичном поступку, који је, у конкретној процесној ситуацији, имао директан утицај на право на слободу окривљеног. Окривљени се налазио у притвору под оптужбом за наношење тешких телесних повреда. Првостепени суд га је осудио на затворску казну. Његова казна је требала да истекне три дана након изрицања пресуде, јер је већ провео дуго времена у притвору. Међутим, првостепени суд је одлучио да окривљеног задржи у притвору, дакле, продужио је притвор против њега (као превентивну меру) након изрицања пресуде, док пресуда не постане правноснажна, чак и након истека његове казне затвора. У оваквој процесној ситуацији, ако се окривљени не би жалио на пресуду, овај „превентивни притвор“ би трајао дванаест дана, док пресуда првостепеног суда не постане правноснажна. Међутим, ако би се окривљени жалио, одложио би правноснажност пресуде првостепеног суда на неодређени рок,⁶²⁵ чиме би на неодређено време пролонгирао „превентивни притвор“.

⁶²⁴ P. Mozetič, *Zloraba procesnih pravic v kazenskem postopku*, Zbornik znanstvenih razprav, Letnik LXVI (2006), 145-172.

⁶²⁵ Према одредбама српског Законика о кривичном поступку, другостепени суд је дужан да своју одлуку са списима достави првостепеном суду најкасније у року од четири месеца, а ако је оптужени у притвору, најкасније у року од три месеца, од дана када је судија известилац примио списе тог суда са предлогом јавног тужиоца (члан 461. став 2 Законика о кривичном поступку). У нарочито сложеним предметима, рок из става 2. овог члана може се решењем председника другостепеног суда продужити највише за још 60

Окривљени се жалио ЕСЉП на повреду права на жалбу у кривичним стварима (члан 2. Протокола број 7.).

Суд је у Пресуди утврдио да је захтев основан. Навео је да се суштина права на жалбу у кривичном поступку не сме повредити, а у конкретним околностима овог предмета ово право окривљеног је заиста било повређено. Окривљени је имао право да поднесе жалбу, али је био практично одвраћен од тога јер би жалба одложила наступање правноснажности пресуде првостепеног суда, а тиме и његово пуштање на слободу. Суд је утврдио да је то противно члану 2. Протокола број 7. јер би остваривање права на жалбу стајало окривљеног његове слободе на неодређени временски период.⁶²⁶

Наше је мишљење да, имајући у виду све околности *конкретног случаја*, одлука првостепеног суда да окривљеном продужи притвор до правноснажности пресуде није вршење процесног права, већ злоупотреба непримереним вршењем права на продужење притвора.

Осим процесне, и временска и просторна димензија начина вршења субјективног процесног права може да буде карактеристика непримерености процесне радње којом се шкоди другоме, нпр., када овлашћена лица полиције изврше довођење осумњиченог у зору, а то је могло да буде извршено и неколико сати касније.⁶²⁷ Или, нпр., када суд тако организује суђење да претрес траје непрекидно десетине сати и тако услед исцрпљености нашкоди праву окривљеног на одбрану, а могао је да га организује другачије, у неколико дана са довољно времена за одмор између рочишта.⁶²⁸

Тако, постоји злоупотреба непримереним (али и неправичним и неморалним) вршењем права од стране суда с обзиром на начин вршења права када у конкретном случају својом одлуком тако организује суђење (претрес) да стави оптуженог у судници у услове посебно тегобне за њега, у ситуацију физичке и психичке подређеност у односу на тужиоца и суд и онемогући га да се, и поред присуства формалне одбране у поступку,

дана, а ако је оптужени у притвору, највише за још 30 дана (члан 461 став 3. Законика о кривичном поступку).

Међутим, познати су нам случајеви из праксе у којима су се тзв. „притворски предмети“ налазили пред апелационим судом у жалбеном поступку и преко годину дана.

⁶²⁶ Presuda u predmetu *Ruslan Yakovenko protiv Ukrajine*, br. 5425/11, 04.06.2015. godine, objavljena u *Vijeće Evrope / Evropski sud za ljudska prava, Godišnji izvještaj za 2015. godinu Evropskog suda za ljudska prava, 2016.*, 50-51.

⁶²⁷ Види Одлуку Европског суда за људска права у предмету *Kucera v. Slovakia*, представка број 48666/99, 17. јул 2007. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009., 109.

⁶²⁸ Види Одлуку Европског суда за људска права у предмету *Makhfi v. France*, представка број 59335/00, 19. октобар 2004. године, објављено у: Džeremi Mekbrajd, *op.cit.*, 212-213.

ефективно брани од оптужбе (а могао је да то учини и на други начин, мање тегобан за окривљеног).

Анализирајући ову процесну ситуацију Европски суд за људска права је рекао:

„129. ... подносиоци су били смештени на платформу ограђену решеткама, у најудаљенијем делу суднице, који је био потпуно неуређен и окружени стражарима. Једва да су могли да опште са својим браниоцима, нису могли честито да чују ни тужиоца ни судију, а њихови поднесци су били једва чујни, услед метежа у судници. Да би учествовали у расправи, подносиоци представки су морали да стоје на столици у решеткама ограђеном простору за оптужене, хватајући се за металне шипке са стране и вичући. Комуникацију у судници су стално ометале неумесне упадице новинара, звуци укључених мобилних телефона, жучна расправа особа које су међу собом размењивале вулгарности и псовке, итд., а судија или није имао воље или могућности да успостави ред.

130. ... браниоци подносилаца су, приликом давања изјава били заслепљени блицевима фото-апарата и халогеним светлима камера. Њихове изјаве су се једва чуле. Насупрот томе, захваљујући непосредној близини тужиочевог места судији, дијалог који се састојао из питања и одговора између њих био је потпуно неометан и није било сличних препрека у вези са чујношћу...

131. Суд сматра да усмена расправа у тако хаотичним условима тешко да може бити погодна за трезвено судско преиспитивање предмета. Суд не може да прихвати аргумент Државе да је могућност подношења писмених поднесака могла да ублажи поменути метеж у судници. Суд истиче да би усмене расправе требало да створе такве услове да усмени одговори и аудио-визуелна размена између странака и судије теку на пристојан, динамичан и неометан начин у судници.

132. Суд понавља да су затварање подносилаца унутар простора за оптужене са решеткама, који је личио на метални кавез, као и присуство „специјалних снага“ у судници, штетно утицали на њихову способност концентрације, нужну за вођење делотворне одбране ... тако понижавајуће и неоправдано строге мере ограничавања приликом јавне расправе, која је емитована широм земље, бациле су сенку на претпоставку невиности, начело чије је поштовање од највећег значаја у свакој фази кривичног поступка, укључујући и поступак који се односи на законитост притвора током суђења...

136. Наведена разматрања су довољна да Суд закључи да су судском преиспитивању ... недостајали основни услови правичности расправе. Судско

преиспитивање одлуке је, стога, сматрано за кршење права подносилаца у смислу члана 5 став 4 Конвенције“.⁶²⁹

2.4. Злоупотреба несразмерним вршењем кривичнопроцесних права

Несразмерно вршење субјективног процесног права постоји када се вршењем кривичнопроцесног права остварује интерес који је несразмерно мање вредан од интереса другог коме се при томе шкоди.

Типичан пример за злоупотребу несразмерним вршењем права од стране суда јесте када окривљеном одреди притвор, иако се обезбеђење његовог присуства у поступку у конкретном случају могло постићи и блажом мером (полагањем јемства и остатком окривљеног на слободи).

Овај вид кривичнопроцесне злоупотребе уобичајен је за орган поступка, односно, субјекте кривичног поступка који располажу овлашћењима за примену принуде (полиција) и дискреционим овлашћењима (јавни тужилац, суд).

Тако, пример за злоупотребу несразмерним вршењем кривичнопроцесног права налазимо у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Dalan v. Turkey*, где је суд рекао:

„25. У суштини није било спорно да су на телу подносиоца представке констатоване повреде током судско-медицинског прегледа 17. августа 1995. године ... Међутим, то није био случај приликом утврђивања када и како су повреде могле бити нанете.

26. Када је о томе реч, Држава покушава да објасни ситуацију свађом до које је дошло у тренутку лишења слободe подносиоца представке и, на основу записника у вези с тим догађајем, тврди да је у том тренутку прибегавање физичкој сили постало, строго узевши, нужно због самог понашања подносиоца, у смислу судске праксе Суда...

Но, такав аргумент није много важан, уколико није поткрепљен медицинским налазима, које су надлежни органи морали да прибаве одмах након спорног лишења слободe, уколико је оно заиста извршено на начин како држава тврди.

27. Суд стога не би требало да се даље задржава на овом питању ..., обзиром да, у сваком случају, број и тежина повреда – уочених на телу подносиоца представке дванаест дана након лишења слободe – изгледају превише интензивно да би одговарали сили која

⁶²⁹ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Ramishvili and Kokhreidze v. Georgia*, представка број 1704/06, 27. јануар 2009. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 84-85.

би била сразмерна поступању осам полицијских службеника, приликом лишавања слободе три жене, које за њих сигурно нису представљале икакву посебну претњу...

Укратко, Суд не примећује никакав веродостојан показатељ који би могао да изузме тужену Државу од њене одговорности према члану 3, због повреда које је гђа Далан доживела у рукама полиције, без обзира на тренутак када су могле бити нанете“.⁶³⁰

Међутим, злоупотреба несразмерним вршењем кривичнопроцесног права може да уследи и од стране одбране, нпр., када бранилац предложи велики број сведока ради доказивања чињеница која је могла да се утврди и из исказа једног сведока, или ради утврђивања неке чињенице од мање важности за исход поступка.

С. А. Гордейчик наводи следећи пример за процесну злоупотребу одбране на предлагање доказа, каже: „Тако, у току суђења пред поротним судом у кривичном предмету оптуженог Т. за организацију нарученог убиства, на предлог одбране позвано је 45 сведока да би се потврдио алиби оптуженог, али на суђењу није могло да се обезбеди више од пет сведока по рочишту, који нису потврдили алиби, тако да се њихово саслушање развукло на годину дана. Међутим, то је довело до тога да је садржај доказа тужилаштва заборављен од стране пороте, а као резултат тога донета је ослобађајућа пресуда“.⁶³¹

2.5. Злоупотреба противциљним вршењем кривичнопроцесних права

Права која имају учесници у кривичном поступку дата су им ради решења кривичнопроцесне ствари. То јасно произилази из одредбе Законика о кривичном поступку у којој је наведено: овај законик утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.⁶³²

Права учесника у поступку прописана су у функцији интереса које ти учесници треба да остваре и заштите у кривичном поступку. Субјективна процесна права су средства за остварење ових интереса. Међутим, Законик о кривичном поступку не додељује апстрактна права да се задовољи било какав интерес, већ гарантује заштиту

⁶³⁰ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Dalan v. Turkey*, представка број 38585/97, 7. јун 2005. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 44.

⁶³¹ С. А. Гордейчик, *Злоупотребление правом на защиту*, Законность 2006 № 12, 6-Я.

⁶³² Члан 1. став 1. Законика о кривичном поступку.

оних интереса који су оцењени као правно релевантни.⁶³³ Ако се правом остварују другачији интереси од оних за које је субјективно право додељено, реч је о злоупотреби. Овде су интереси који се остварују вршењем другачији од оних ради чијег остварења је право признато.⁶³⁴ Правни поредак не може да подржи да се шкоди другоме вршећи право мимо или против његовог циља.

Дакле, злоупотреба противциљним вршењем процесног права постоји када титулар врши субјективно процесно право ради остварења интереса који су другачији од оних ради чијег је остварења право признато, и при том шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку. Нпр., право на захтев за изузеће учесника у поступку дато је ради остварења субјективног права, односно заштите интереса лица на непристрасан суд. Међутим, уколико се ово субјективно право врши континуирано, сукцесивно ради остварења недозвољеног интереса да се поступак одуговлачи, ради постизања циља да претераним трајањем поступка наступи застарелост кривичног гоњења и обустава поступка, реч је о злоупотреби у виду перотивциљног вршења права на непристрасан суд.

Злоупотреба противциљним вршењем субјективног процесног права могућа је од стране сваког учесника у кривичном поступку и у било којој фази поступка.

Одбрана врши злоупотребу противциљним вршењем права на предлагање доказа када предложи да се на суђењу саслушају сведоци, али не зато што ће се из исказа тих сведока утврдити чињенице релевантне за решење конкретне кривичне ствари, већ да би се утрошило време на извођење тих доказа и одуговлачио поступак.

Бранилац (такође, тужилац) врши злоупотребу противциљним вршењем права на предлагање доказа, односно постављање питања када предложи да се изведе доказ саслушањем сведока лица која немају никакве везе са предметом одбране (односно оптужбе), или тим сведоцима поставља питања, али не она која се тичу предмета одбране (односно оптужбе), све у циљу да се извођењем тих и таквим извођењем доказа утроши време трајања поступка, односно поступак одуговлачи.

Суд врши злоупотребу противциљним вршењем права на извођење доказа када одреди саслушање сведока, али не јер је исказ тог сведока важан за решење конкретне

⁶³³ P. Mozetič, *Zloraba procesnih pravic v kazenskem postopku*, Zbornik znanstvenih razprav, Letnik LXVI (2006), 145-172.

⁶³⁴ V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Nomos“, Beograd, 1997., 18.

кривичне ствари, већ због медијског ефекта поступка (судије) који ће имати појављивање тог сведока пред судом.⁶³⁵

Окривљени врши злоупотребу противциљним невршењем права-дужности на суђење у присуству тако што не приступи на рочиште за главни претрес, али не из оправданог разлога, већ да би се на тај начин одложио главни претрес и одуговлачио поступак.

У свим наведеним примерима учесник у поступку не врши субјективно процесно право, већ процесну злоупотребу.

Међутим, биће реч о злоупотреби противциљним вршењем процесног права и у случају када је титулар вршењем права остваривао правни интерес, али који се не остварује у кривичном поступку. Овакве противциљне злоупотребе често је тешко уочити, квалификовати.

Навешћемо пример за злоупотребу противциљним вршењем права на жалбу, где је жалба браниоца изјављена не због заштите процесне користи (интереса) свог клијента (ослобођеног у кривичном поступку), већ ради остварења материјалне користи самог браниоца.

Тако, С.Ц. је ослобођен од оптужбе да је учинио кривично дело недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја из члана 348 став 4 у вези става 1 и 2 у вези члана 33 Кривичног законика (КЗ), јер није доказано да је учинио дело за које је оптужен. Одлучено је да трошкови узроковани вођењем кривичног поступка против С.Ц., о којима ће бити одлучено посебном одлуком, падају на терет буџетских средстава.⁶³⁶

На ову пресуду жалбу је изјавила бранилац С.Ц., адвокат О.Ј., побијајући је у делу одлуке о трошковима кривичног поступка, уз тврдњу да је одлука непотпуна, неразумљива и неизвршива јер је било неопходно да суд у одлуци наведе да трошкови кривичног поступка падају на терет буџетских средстава Републике Србије. Предложила је да апелациони суд преиначи пресуду у делу одлуке о трошковима у смислу навода жалбе, а њој, браниоцу, досуди трошкове састава жалбе у износу од 75.000,00 динара (око

⁶³⁵ G. Scarselli: *Sul c.d. abuso del processo*, Rivista di Diritto Processuale, Fascicolo N. 6/2012.

⁶³⁶ Ово је, заправо, била законска формулација. Наиме, према одредби члана 197. став 1. Законика о кривичном поступку из 2001. године, када се обустави кривични поступак или када се донесе пресуда којом се окривљени ослобађа од оптужбе или којом се оптужба одбија, изрећи ће се у решењу, односно пресуди да трошкови кривичног поступка [...], као и нужни издаци окривљеног и нужни издаци и награда браниоца падају на терет буџетских средстава.

750 евра). Апелациони суд⁶³⁷ је одбио жалбу као неосновану, у пресуди је навео да није неопходно да у пресуди буде наведено из којих буџетских средстава ће бити исплаћени нужни издаци оптуженог и нужни издаци и награда његовог браниоца, те да првостепена пресуда као таква представља уредан извршни наслов.

Наравно, адвокат О.Ј. је ово већ знала, али јој је, у ситуацији када је пресудом већ било одлучено да трошкови кривичног поступка њеног брањеника падају на терет државе, био потребан било који разлог да изјави жалбу на трошкове поступка и захтева да јој жалба буде плаћена.

Дакле, овде жалба одбране није изјављена (субјективно процесно право на жалбу није вршено) јер је право ослобођеног С.Ц. на трошкове поступка било повређено (управо обратно, ово право му је признато, те није било стварног разлога за жалбу), већ да би се у трошкове поступка који треба да буду досуђени С.Ц. урачунали и трошкови састава жалбе.^{638, 639}

О противциљном вршењу субјективног процесног права ради се, нпр., када бранилац у току поступка, иако нема спора у вези садржине исказа сведока или садржине вештачења прибављених у истрази, предложи, позивајући се на начело непосредности кривичног поступка, да се ови сведоци и/или вештаци позову на главни претрес јер, наводно, има питања за њих, а, уствари, само жели да одложи главни претрес не би ли од клијента наплатио накнаду за још један приступ на рочиште за главни претрес.⁶⁴⁰ Ова процесна злоупотреба препознатљива је (доказива) по околности да, када суд на следеће рочиште позове сведока и/или вештака и овај приступи, бранилац му постави питања

⁶³⁷ Пресуда Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-762/13 од 22.04.2013. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁶³⁸ Предмет Вишег суда у Краљеву 4К. 46/12. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁶³⁹ Ово није пример злоупотребе бескорисним (безинтересним) вршењем права на жалбу (иако би на први поглед могло тако да се схвати, јер ослобођени нема правног интереса да се жали на одлуку о трошковима поступка која је донета у његову корист), већ злоупотреба противциљним вршењем права, јер је циљ вршења права на жалбу није била заштита повређеног права ослобођеног на трошкове поступка, већ повећање, изнуда већих трошкова поступка које суд треба да му плати.

⁶⁴⁰ Уп.: „Стога вреди (са правом) да је злоупотреба права, кад бранилац сведока у више наврата пита једну те исту неважну, споредну ствар, само да би изнудио још један дан главног претреса или да би истакао своју важност; са друге стране (неправедно) се злоупотребом права не сматра када судија сведоку поставља сувишна питања, да би присутнима представио свој бртки ум или свој смисао за хумор. Ово друго наведено више штети циљу који има кривични поступак. Као што знамо, између истих права одлучује моћ, на крају и сила. Ко то жели избећи, мора створити нормативни систем потчињен једнакости, провести га и гарантовати да се на основу њега могу развити мерила и правила за решавање сукоба: једно снажно, високо, боље право. При томе се ради о материјалним критеријумима, на основу којих се одлучује да ли је одређено конфликтно понашање функционално или дисфункционално, легитимно или склоно злоупотреби права, те према формалним правилима – према којим критеријумима постају важећи. Апстрактан опис „понашања склоног злоупотреби права“, без навода према којим критеријумима се то сматра, не да је бескористан, него је и сувишан“. Вид.: Т. Fischer, *Konfliktverteidigung, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht*, StV 8/2010, 30 Jahre Strafverteidiger, 423-428.

везана за околности које немају никакав значај за одбрану, или, што је такође чест случај, једноставно изјави да нема питања за њих (имао је на претходном рочишту, али је у међувремену одустао од намере да их постави јер је схватио да за то нема потребе). Такође, о истом виду злоупотребе кривичнопроцесних овлашћења и из истих мотива ради се када бранилац предлаже извођење нових, наводно битних доказа у прилог тезе одбране, а ти докази, уствари, немају никакве везе са предметом оптужбе. У првом случају (позивање на начело непосредности кривичног поступка), иако је злоупотреба очигледна, суд је само њен неми посматрач, јер је у обавези да учесницима у поступку обезбеди пуну примену начела непосредности кривичног поступка увек када нема сагласности странака о томе да се неки доказ прибављен у истрази може на главном претресу извести посредно, читањем записика у којима фиксирана садржина доказа. У другом случају (позивање на нове, наводно битне доказе) злоупотреба је прикривена, латентна, и њен (не)успех зависи од способности суда да је квалификује као такву у сваком конкретном случају.

Процесне радње које смо навели као примере за злоупотребе противциљним вршењем процесних права од стране браниоца могу бити учињене и од стране пуномоћника оштећеног у кривичном поступку на штету свог клијента (оштећеног).⁶⁴¹

2.6. Злоупотреба неразумним вршењем кривичнопроцесних права

2.6.1. Уопште о процесној злоупотреби неразумним вршењем кривичнопроцесних права

Разумност је елемент садржине субјективног права. Субјективна, самим тим и субјективна процесна права морају да се врше разумно. Свака неразумност у вршењу субјективних процесних права индицира да у конкретном случају није реч о вршењу права, већ о злоупотреби.

Злоупотреба неразумним вршењем субјективног процесног права постоји када се кривичнопроцесно право врши на начин који је противан разумном или другом титуларевом процесном понашању и притом шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку.

Овај вид процесне злоупотребе класификујемо у две групе 1) злоупотреба неразумним вршењем процесног права (у ширем смислу) и 2) злоупотреба противречним вршењем процесног права (кривичнопроцесни *venire contra factum proprium*).

⁶⁴¹ Свакако и од стране пуномоћника обе странке у парничном поступку.

2.6.2. Злоупотреба неразумним вршењем процесног права (у ширем смислу)

Вршење процесног права које је противно разумности и при томе шкоди другим учесницима у поступку или интересима поступка није вршење права, већ злоупотреба која се санкционише губитком права.

То се утврђује из одредбе Законика о кривичном поступку у којој је прописано да ће се окривљеном (када заврши свој исказ, а потребно је да се исказ употпуни или разјасни) поставити питања која морају бити јасна, одређена и разумљива, која не смеју садржати обману, нити се заснивати на претпоставци да је признао нешто што није признао и не смеју представљати навођење на одговор.⁶⁴² Негативним тумачењем овде је речено да захтевање (тражење) у конкретном случају да се окривљеном поставе питања која нису јасна, одређена, разумљива, није вршење субјективног процесног права на постављање питања окривљеном, већ злоупотреба, и таква му се питања неће поставити.

Исто произилази из одредбе која се односи на постављање питања сведоку у поступку.⁶⁴³ Дакле, захтевање (тражење) у конкретном случају да се сведоку поставе питања која нису јасна, нису одређена, нису разумљива, није вршење субјективног процесног права на постављање питања сведоку, већ злоупотреба, и таква му се питања неће поставити.

Оптужба, предлог, правни лек и друга изјава или саопштење подноси се писмено или се даје усмено на записник. Такав поднесак мора бити *разумљив* и садржати све што је потребно да би се по њему могло поступити.⁶⁴⁴ Дакле, оптужба, предлог, правни лек и друга изјава или саопштење који није разумљив и не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступити није вршење права у кривичном поступку, већ злоупотреба. Подносилац поднеска који је неразумљив или не садржи све што је потребно да би се по њему могло поступати биће позван да поднесак исправи, односно допуни, а ако он то не учини у одређеном року, поднесак ће се одбацити (биће санкционисан непружањем правне заштите, односно губитком права).⁶⁴⁵

Одлука суда која у конкретном случају нема уопште разлога или у њој нису наведени разлози о чињеницама које су предмет доказивања или су ти разлози потпуно

⁶⁴² Члан 86. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁶⁴³ Члан 98. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁶⁴⁴ Члан 229. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

⁶⁴⁵ Члан 229. став 3. Законика о кривичном поступку.

нејасни или у знатној мери противречни,⁶⁴⁶ није вршење права, већ незаконитост, злоупотреба која се санкционише укидањем одлуке.

Жалба која је нечитка или не садржи елементе које мора да садржи (означење пресуде против које се изјављује жалба; основ за изјављивање жалбе; образложење жалбе; предлог да се побијана пресуда потпуно или делимично укине или преиначи; потпис лица које изјављује жалбу⁶⁴⁷) није вршење субјективног права на жалбу, већ злоупотреба која се санкционише одбацивањем жалбе као неуредне (санкционише се непружањем правне заштите, односно губитком права).⁶⁴⁸

Зашто тврдимо да наведене процесне радње у *конкретним случајевима* нису вршење субјективног процесног права, већ процесне злоупотребе? Зато што им недостаје разумност као елемент садржине субјективног процесног права.

Овај вид процесне злоупотребе постоји увек када се субјективно процесно право врши из разлога који се не могу разумети, дакле потпуно изостају, и при том се шкоди другим учесницима у поступку или самом поступку. Реч је о разумности схваћеној са објективног аспекта, а не о томе шта је разумно са аспекта титулара права.

Код овог вида процесне злоупотребе могу се разликовати две позиције титулара права: а) када је титулар права дао разлоге за вршење права, али су они, са аспекта објективног разума, неразумљиви, и б) када титулар права уопште није дао разлоге за вршење (невршење) права, када разлога уопште нема.

Пример за процесну злоупотребу неразумним вршењем права при чему потпуно изостају разлози титулара за вршење права, јесте, нпр., процесна ситуација у којој суд донесе одлуку, укине пресуду првостепеног суда и предмет врати том суду на поновну одлуку, али потпуно измењеном већу,⁶⁴⁹ а да у образложењу укидног решења не наведе ниједну реч о томе зашто је изузео суд који је донео укинуту пресуду (а морао би да то учини, јер је таква одлука од битног утицаја на даљи ток првостепеног поступка).

Првостепеном пресудом вишег суда оглашени су кривима Р.Ђ. и С.Р. због извршења кривичног дела злоупотреба службеног положаја у саизвршилаштву из члана 359 став 3 у вези става 1 у вези члана 33 Кривичног законика (КЗ) и осуђени на ефективне казне затвора, Р.Ђ. у трајању од осам година, а С.Р. у трајању од шест година. Од

⁶⁴⁶ Члан 438. став 2. тачка 2. Законика о кривичном поступку.

⁶⁴⁷ Члан 435. Законика о кривичном поступку.

⁶⁴⁸ Члан 436. Законика о кривичном поступку.

⁶⁴⁹ Члан 458. став 2. Законика о кривичном поступку: Другостепени суд може наредити да се нови главни претрес пред првостепеним судом одржи пред потпуно измењеним већем.

предузећа „ММ 99“ ДОО из Старе Пазове одузета је имовинска корист у износу од 2.663.382 евра, те је обавезано да по правноснажности пресуде плати у буџет Републике Србије новац у овом износу у динарској противвредности.

Ова пресуда вишег суда укинута је решењем апелационог суда, у изреци решења наведено је да се „... предмет враћа првостепеном суду на поновно суђење, с тим што ће се нови главни претрес одржати пред потпуно измењеним већем“. У образложењу решења је наведено да је бранилац Р.Ђ. у жалби предложио да се пресуда укине, предмет врати првостепеном суду на поновно суђење и наложи одржавање главног претреса пред потпуно измењеним већем тог суда. Међутим, у образложењу решења апелационог суда ни на једном месту нису оцењени наводи образложења пресуде вишег суда, такође, не постоји ниједна реченица која се односи на разлоге због којих је апелациони суд утврдио да је основан и прихватио предлог одбране да се изузме веће вишег суда које је донело првостепену пресуду, односно да се нови главни претрес одржи пред потпуно измењеним већем.^{650, 651}

Овај облик је често споредан, факултативан у односу на друге облике злоупотребе. Постоји тада, о њему можемо да говоримо када, објективно, не може да се утврди из којих мотива или у ком циљу је злоупотреба извршена. Управо у томе и јесте ствар: вршење (невршење) субјективног процесног права се не може разумети са аспекта објективног разума. Изостаје свака могућност емпатије објективног посматрача према титулару процесног права: он га врши (одн., не врши када је реч о правима-дужностима), али се, објективно, не може разумети зашто, при том шкоди другоме. То ће, нпр., бити случај када је бранилац изјавио жалбу на одлуку суда, у којој је у неколико редова текста навео да одлуку побија из свих законских разлога, а у жалби је у потпуности изоставио образложење (разлоге). У конкретној ситуацији не може се утврдити да ли је то урађено ради одуговлачења поступка (у којем случају би се радило о противциљном вршењу права на правни лек), или је од властодавца (окривљеног, или државе ако је бранилац по службеној дужности) хтео да наплати накнаду за састав жалбе, али се није много потрудио око тога (у којем случају би се, опет, радило о противциљном вршењу процесног права).

Овај облик процесне злоупотребе посебно је карактеристичан за укидне одлуке другостепеног суда, када се првостепена одлука укида из процесно небитних разлога,

⁶⁵⁰ Пресуда Вишег суда у Краљеву 4К. 49/11 од 6.3.2013. године, решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж. 1-3447/13 од 22.10.2013. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁶⁵¹ Ово је уобичајена пракса другостепених судова – да за своје одлуке у укидним решењима о изузећу првостепених већа не даје никакве разлоге.

због техничких грешака у првостепеној одлуци у писању имена, датума, бројева, а које се све околности у конкретним случајевима од стране другостепеног суда квалификују као битне повреде кривичног поступка (а свима је јасно да нису, већ су обичне грешке у куцању текста).

Тако, пресуда Окружног суда у Краљеву К. 38/02 од 10.4.2009. године (која је донета након главног претреса који је трајао седам година, одржаног на око 50 рочишта) укинута је решењем Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-4147/10 од 12.4.2011. године. Као укидни разлог тај суд је навео околност да је првостепени суд учинио битну повреду одредаба кривичног поступка из члана 368 став 1 тачка 1 ЗКП/01, јер је у изрицању пресуде учествовао судија поротник који, наводно, није учествовао на главном претресу. „Наиме, на записнику о већању и гласању ... констатовано је да је у изрицању пресуде учествовала судија Олгица П., као што је наведено и у уводу писаних отправака побијане пресуде, међутим, на записнику о главном претресу који је претходио доношењу ове пресуде наведено је да је члан судећег већа судија-поротник Оливера П“.⁶⁵²

Уствари, овде је реч о истој особи судији-поротнику. Ради о грешки у куцању записничара који је испунио записник о (једном) главном претресу. У оваквим случајевима, иначе, виши суд враћа предмет првостепеном ради утврђивања и отклањања грешке у куцању. Међутим, у конкретном случају то није учињено, већ је ова грешка у куцању записничара проглашена укидним разлогом.

Могуће је, наравно, да овај вид процесне злоупотребе буде извршен од стране првостепеног суда. Ово је карактеристично за одлуке суда о одређивању, односно продужењу притвора против окривљеног. Злоупотреба неразумним вршењем субјективног процесног права суда на одређивање или продужење притвора против окривљеног постојаће увек када се суд у одлуци паушално позове на законску одредбу, не дајући разлоге због чега је тако одлучио.

Тако, у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Boicenco v. Moldova*, наведено је:

„143. У овом предмету, Суд запажа да су и првостепени (Окружни суд) и Апелациони суд, приликом доношења решења о одређивању и продужавању притвора подносиоцу представке навели одредбе важећег закона, не дајући било какво

⁶⁵² Пресуда Окружног суда у Краљеву К. 38/02 од 10.4.2009. године; решење Апелационог суда у Крагујевцу Кж-1-4147/10 од 12.4.2011. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

образложење основаности навода да би подносилац представке могао да омета поступак, побегне или поново изврши кривично дело. Ови судови нису покушали ни да оповргну аргументе одбране подносиоца представке...

144. ... Суд сматра да разлози на којима су Окружни суд Бујкани и Апелациони суд у Ћисињау засновали своје одлуке о одређивању и продужавању притвора према подносиоцу представке нису били „релевантни и довољни“.

145. Према томе, постојала је повреда члана 5 став 3 Конвенције, у погледу наведеног⁶⁵³.

Пример за злоупотребу неразумним вршењем процесних права-дужности јесте одсуство (нечињење) било какве процесне реакције органа поступка на образложене предлоге странака у току поступка. Процесна права-дужности се злоупотребљавају нечињењем. Појава је уочена од стране процесуалиста парничног поступка, али је честа у и кривичном поступку. Огледа се у невршењу права од стране органа поступка да одлучи о образложеним предлозима странака за примену кривичнопроцесних мера принуде, мера обезбеђења потраживања, за извођење доказа, када орган поступка конкретну процесну ситуацију превазилази простом констатацијом на записнику: „О предлогу странке биће одлучено касније...“, или, „... накнадно...“, али се то не учини. Нису ретке ни ситуације да предлог учесника у поступку уопште и не буде констатован у записнику о главном претресу.⁶⁵⁴

Пример за процесну злоупотребу неразумним вршењем процесног права одбрабне јесте „затрпавање“ суда свакодневним поднесцима у којима се „објашњава“ правно и/или чињенично стање ствари, које прати велика количина непотребног (финансијског, грађевинског, електронског или каквог другог стручног) материјала. Ови поднесци не помажу решењу ствари, већ само отежавају и компликују предмет. Ово се чини управо у том циљу, често ради изнуде „неопходних“ вештачења. Ови поднесци уопште не доприносе одбрани оптуженог (али се може претпоставити да му је објашњено

⁶⁵³ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Boicenco v. Moldova*, представка број 41088/05, 11. јул 2006. године, објављено у: *Dž. Mekbrajd, op.cit.*, 60.

⁶⁵⁴ Уп.: „Суд је овлашћен да руководи главном расправом, да изводи доказе, даје реч странкама и пуномоћницима, али је дужан да предмет свестрано претресе и да, ако одбије одређени доказни предлог који је странка дала, ово одбијање образложи. Међутим, у пракси се запажа да суд не даје никакво образложење зашто је одбио одређен доказни предлог странке (члан 301. став 2. ЗПП), па чак у неким случајевима, по наводима појединих адвоката, одбија и да констатује у записнику да је предложен одређени доказ и да је суд одбио извођење тог доказа, чиме првостепени суд очигледно врши злоупотребу својих процесних овлашћења (члан 118. до 120. ЗПП)“. Вид.: *A. Radovanov, Neka pitanja u vezi sa zloupotrebom procesnih ovlašćenja od strane prvostepenih sudova*, у: „Aktuelni problemi zakonodavstva u Republici Srbiji“ (urednik Zdravko Petrović), Budva, 2007., 257-269.

да су неопходни за успешну одбрану, а с обзиром да изгледају „стручно“, „паметно“, њихово састављање може солидно да се наплати).

Овде спадају и тзв. „припремни“ поднесци одбране. Наиме, након увођења у српски кривични поступак института припремног рочишта приметно је да су браниоци, пре рочишта, почели да се обраћају суду писменим поднесцима насловљеним са „припремни поднесак одбране“, који нема никакав значај за поступак (најчешће се односи на критику правописне умешности тужиоца).

2.6.3. Злоупотреба противречним (контрадикторним) вршењем процесних права (процесни *venire contra factum proprium*)

Посебан вид злоупотребе неразумним вршењем процесних права представља контрадикторно (противречно) понашање у судском процесноправном односу, односно, процесни *venire contra factum proprium*. Противречно вршење права које другоме причињава шкођење је општеприхваћено у правној теорији као граница остваривања субјективних процесних права.⁶⁵⁵

Принцип забране противречног понашања у правном односу (*venire contra factum proprium*) прихваћен је и у јавном праву. Принцип је применљив и на процесноправне односе. У теорији је наглашено да је ово најчешћи вид злоупотребе права уопште,⁶⁵⁶ па и злоупотребе субјективних процесних права у судским поступцима.

Колико нам је познато, принцип забране контрадикторног понашања у процесноправном односу, односно, *venire contra factum proprium*, није изричито позитивисан ниједним процесним кодексом. Међутим, примена овог принципа у судским поступцима се може утврдити широм света пред судовима различитих надлежности.

Изричито позивање на принцип *venire contra factum proprium* у процесноправном односу може се наћи у одлукама међународних судова. Тако, примену овог принципа нашли смо у одлуци Inter-American Commission on Human Rights, Report N° 72/03, Petition

⁶⁵⁵ P. F. Silva-Ruiz, *La doctrina de los actos propios (Venire contra factum proprium non valet)*, elektronski izvor, dostupno na: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-doctrina-de-los-actos-propios-venire-contra>, pristup 11.11.2014.

⁶⁵⁶ В. В. Водинелић наводи да је забрана противречног, контрадикторног поступања саставни део правних поредака, било као опште правило, било кроз посебна правила. У Швајцарској и Немачкој, земљама са изузетно богатом судском праксом примене забране злоупотребе, истиче се да су то најзначајнији, односно, најчешћи случајеви злоупотребе. Вид.: V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Nomos“, Beograd, 1997., 27.

12.159, Admissibility Gabriel Egisto Santillan, Argentina, October 22, 2003., када је реч о понашању државе у процесноправном односу пред међународним судом.

У одлуци је наведено: „49. У суштини, држава је у почетку тврдила да је привремено пуштање на слободу само до доношења коначне одлуке, али не и коначна одлука, те је стога дозвољено из разлога што је потребно прикупљање нових доказа да би се сазнало ко је пуцао и покренула истрага у том правцу. Подносилац овог захтева је могао да искористи ову могућност јер је доступна кроз одређене правне лекове у домаћем законодавству, али они нису исцрпљени у конкретном случају. У складу са наведеним захтев треба бити одбијен као неоснован. На крају је Држава рекла да је одлука којом се неко привремено пушта на слободу таква да се окончава истрага по тим чињеницама. На тој тези, правни лекови су по домаћем законодавству били исцрпљени у фебруару 1994. године, те због тога није могуће причати о некаквом одуговлачењу поступка и ометању правде да би се применио изузетак наведен у члану 46-2-в Конвенције. По том питању Комисија је закључила да је наведена позиција контрадикторна и супротна праву, када, као у овом случају, Држава усвоји став који је само користан или штетан по једну страну, тада је принцип *estoppel* спречава да претпоставља супротан закључак. Овде се, дакле, примењује правило *non concedit venire contra factum proprium*“.⁶⁵⁷

У европској процесноправној традицији принцип је познат под називом процесни *venire contra factum proprium*.^{658, 659} У земљама Јужне Америке, поред ове максиме,

⁶⁵⁷ Odluka Inter-American Commission on Human Rights, Report N° 72/03, Petition 12.159, Admissibility Gabriel Egisto Santillan, Argentina, October 22, 2003.

Integralni tekst odluke dostupan je na <http://cidh.org/annualrep/2003eng/Argentina.12159.htm>, pristup 30.3.2016.

⁶⁵⁸ Принцип се може наћи изричито примењен у одлукама Врховног суда Италије у грађанским стварима (иако судски процесни закони Републике Италије, парнични, кривични, управни, не познају институт злоупотребе субјективних процесних права). Вид.: Consiglio di Stato, n. 656/2012, objavljena u: Federalismi.it, Revista di diritto pubblico Italiano, comparato, Europeo, Numero 4, 22.2.2012.

Примена овог принципа може да се препозна посредно у одлукама арбитражних судова Руске Федерације (иако, опет, судски процесни закони Руске Федерације не познају институт злоупотребе субјективних процесних права). Вид.: одлуку Врховног арбитражног суда Руске Федерације од 12.7.2012. № ВАС-7256/12 у предмету број А41-20318/2011, у: Т. П. Подшивалов, *Запрет злоупотребления процессуальными правами в арбитражном процессе*, Российская юстиция, 2014. № 9., 17-20. С друге стране, постоје одлуке руских судова у којима се суд изричито позвао на принцип забране *venire contra factum proprium* (истина, називајући овај принцип термином који је својствен *common law* процесним системима). Вид.: одлука Арбитражный суд Уральского округа, постановление N Ф09-9480/16 от 2 декабря 2016 г. електронски извор, доступно на <http://www.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=AUR;n=177137#0>, приступ 20.12.2016.

⁶⁵⁹ Врховни суд Шпаније признаје процесну валидност принципа *venire contra factum proprium* у грађанским стварима. Такође, принцип је изричито наведен у многим грађанским пресудама судова у Аргентини. Вид.: Т. В. Arias, *La Doctrina de los Actos Propios*, електронски извор, доступно на: http://www.statoechiese.it/images/stories/2011.3/berling_frode2m.pdf, pristup 17.10.2014.

теорија је позната под називом *la doctrina de los actos propios*.⁶⁶⁰ У земљама *common law* процесних система принцип је познат као *процесни естопел (estoppel)*.

У процесноправној теорији је неспорно да је принцип применљив на грађанскопроцесни правни однос.⁶⁶¹ Примарна функција принципа *nemo potest venire contra factum proprium* јесте заштита поверења у правном односу, без обзира да ли је материјалноправни, или процесноправни.⁶⁶² У оквиру процесноправног односа забрана контрадикторног понашања проширена је на све субјекте укључене у њега, наиме, државу (судију, јавно тужилаштво, судске службенике), адвокате (пуномоћнике), али и трећа лица (пријатеље суда). Сматра се да би примена забране процесног *venire contra factum proprium* само на странке била једнострана, јер поступак подразумева велики број субјеката, учесника који поступају у свом укупном (заједничком) субјективитету.

Околности (претпоставке, услови) неопходне за примену принципа забране противречног (контрадикторног) понашања у процесноправном односу су: 1) првобитно, почетно, претходно понашање учесника у процесном односу (*factum proprium*); 2) основано, оправдано (легитимно) поуздање (очекивање); 3) супротно (противречно, контрадикторно) понашање учесника у поступку свом претходном понашању (*venire contra*); 4) стварна или потенцијална штета коју је противречно процесно понашање изазвало или може да изазове другом учеснику у поступку.

а) *Factum proprium* је почетна радња, прво понашање субјекта процесног односа. Реч је о људском понашању, при чему треба да постоји воља учесника у поступку да изврши *factum proprium*. По правилу, *factum proprium* није обавезујуће понашање; оно постаје обавезујуће тек када побуди, изазове поверење другог учесника у поступку, заједно са другим претпоставкама за примењивост овог принципа. Дакле, са становишта процесноправног односа, ако један од његових субјеката предузме иницијално понашање, оно неће бити обавезујуће за њега све док *не произведе какав интерес у процесној сфери другог учесника у поступку*, то јест, од тренутка када *factum proprium* у процесном односу не побуди уверење да понашање касније неће бити измењено.

б) Основано, оправдано (легитимно) поуздање (очекивање) другог учесника у поступку представља везу са *factum proprium*. Поверење које *factum proprium* формира у свести другог учесника у поступку не цени се са субјективног становишта тог учесника,

⁶⁶⁰ T. B. Arias, *Ibid.*

⁶⁶¹ D. R. Hertel, D. A. R. Corrêa, *Processo civil e vedação do comportamento contraditório*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3603, 13 maio 2013.

⁶⁶² R. M. Vilas-Bôas, *A Forma de Efetivação do Princípio da Celeridade mediante a coibição do Abuso Processual*, Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília n.3, v.1 jan/abr de 2009.

већ са објективног аспекта. Поверење у *factum proprium* мора да се анализира у сваком конкретном случају. Околности које утичу на објективност присуства или одсуства поверења почетном понашању могу да буду, нпр., следеће не-кумулативне индикације (i) сума трошкова и издатака мотивисаних *factum proprium*; (ii) јавно обелодањивање стеченог поверења; (iii) усвајање мера или уздржавање од радњи на основу иницијалног понашању; (iv) висок степен спољашњег утицаја иницијалног понашања; (v) одсуство било какве сугестије будуће промене у понашању; друге сличне околности.

Није довољно да *factum proprium* ствара поверење, већ оно треба да буде основано, оправдано (легитимно), треба да разумно произилази из почетног понашања. Овај легитимитет поверења повезан је са недостатком обавештења о промени понашања. У случајевима у којима закон дозвољава да почетно понашање буде накнадно опозвано, измењено, нема основа за то да се говори о основаном (легитимном) очекивању.

в) Трећа претпоставка потребна за примену принципа *venire contra factum proprium*, и најбитнија, јесте противречност (контрадикторност) коју касније понашање (*venire contra*) има према претходном понашању (*factum proprium*). Ова контрадикторност има потпуно објективни карактер. Не тражи се намера учесника у поступку да измењеним понашањем нашкоди другим учесницима, једноставно, довољно је да постоји противречност (контрадикторност, супротност) у његовом понашању.

Иако је, као и *factum proprium*, вршење субјективног процесног права, радња која је противречна (контрадикторна) са почетним понашањем је радња на коју титулар нема право.

г) Противречност (контрадикција) између претходног (*factum proprium*) и накнадног понашања (*venire contra*) увек се, са аспекта лица које се поуздало у *factum proprium*, дешава у различитим временима. Међутим, постоји могућност позивања на принцип забране контрадикторног понашања и када учесник у поступку предузме истовремене, а противречне радње, међутим битно је да је утицај његовог понашања стигао до примаоца у одложеним временским тренуцима. Дакле, контрадикторно понашање је наизглед законито понашање које је у супротности са понашањем предузетим раније (*factum proprium*), и не мора да буде извршено у различито време у односу на раније понашање, битно је да је лице које се поуздало у понашање сазнало за ова понашања у различито време.

д) Идентитет процесних субјеката. За примену принципа забране процесног *venire contra factum proprium* није неопходно да се на страни активног и пасивног субјекта злоупотребе појави један, односно исти учесник у поступку. И на страни активног и на

страни пасивног субјекта може бити више учесника у поступку (супарничари у парничном поступку; бранилац и оптужени у кривичном поступку) чије су процесне радње у вези, повезане у целину. Дакле, за процесни *venire contra factum proprium* учинилац иницијалне и учинилац противречне, накнадне радње не мора да буде једно, нити исто лице.⁶⁶³ За примену принципа забране противречног процесног понашања није неопходан идентитет субјеката, како активног, тако и пасивног, *већ се потреба идентитета јавља између центара процесних интереса, а не нужно између субјеката, у ужем смислу.*

Због ове околности (да је идентитет код овог вида злоупотребе усмерен искључиво на центре интереса субјеката процесног односа) пасивни субјект процесне злоупотребе може да буде и *сам поступак*, односно *интерес поступка као таквог*.

ђ) Последња претпоставка за постојање ове врсте процесне злоупотребе јесте стварно или потенцијално шкођење другом учеснику у поступку које противречност (контрадикција) може да изазове. У случају да не наступи било каква штета, или бар потенција њеног настанка, нема услова за примену принципа *nemo potest venire contra factum proprium*.

У области процесноправног односа штета је проузрокована, или потенцијално може бити узрокована, негативним утицајем на пружање правне заштите лицу од стране државе. Дакле, злоупотреба у виду процесног *venire contra factum proprium* може да утиче на реализацију како поједине фазе процесног односа, тако и на поступак у целини, и тако утиче на правилно и законито пресуђење конкретне ствари. На тај начин шкоди интересу поступка и доводи до неповерења у државу да пружи правну заштиту ономе коме је потребна. Држава постаје неефикасна у правосудној сфери.⁶⁶⁴

е) Забрана *venire contra factum proprium* није ограничена само на радње извршене у оквиру истог поступка. У обзир долазе и процесне радње предузете између истих процесних субјеката у различитим поступцима.⁶⁶⁵ Нпр., тужени пред арбитражом

⁶⁶³ D. R. Hertel – D. A. R. Corrêa наводе следећи пример: тужилац је тужбом тражио од суда да обавезе два солидарна дужника на плаћање одређеног износа новца. На рочишту за мирење тужени су понудили тужиоцу поравнање у висини редукованог потраживања и намирење продајом ствари које су власништво једног од њих. Предлог није прихваћен. Суд је утврдио да је захтев основан и пресудио у корист тужиоца. У току извршног поступка утврђено је да су оба дужника инсолвентна, да немају новца, те је извршни судија на захтев тужиоца наредио заплenu ствари понуђених на рочишту за мирење. Међутим, тада је дужник власник ових ствари истакао приговор да наплата није могућа, јер су ствари представљале његов алат за рад.

⁶⁶⁴ D. R. Hertel, D. A. R. Corrêa, *Ibid*.

⁶⁶⁵ G. C. Prazeres, *A influência da solidariedade social no processo: aplicação do venire contra factum proprium nulli conceditur ao direito processual*, електронски извор, доступно на:

истакне приговор да је за решење спора надлежан редовни суд; опет, пред редовним судом истакне приговор да је за решење исте ствари надлежна арбитража.⁶⁶⁶

Штавише, то не мора да буде противречност између процесних радњи, већ између процесне радње и радње предузете ван поступка, али у вези са поступком. Нпр., приговор застарелости истакне онај ко је својим понашањем (без преварне намере) навео другога да поверује да утужење неће ни бити потребно, због чега је овај пропустио рок, или није прекинуо застарелост.

Нисмо наишли на истраживања о примени принципа забране *venire contra factum proprium* у кривичнопроцесном односу.

Међутим, сматрамо да његова примена у кривичном поступку не би требало да буде спорна. *Venire contra factum proprium* је неспорни вид злоупотребе права. Примена принципа забране противречног понашања није спорна у грађанском процесном односу. Законик о кривичном поступку забрањује злоупотребу процесних права у кривичном поступку. Нема ниједног ваљаног разлога због којег овај принцип не би могао да буде применљив и у кривичном поступку.

Како у пракси изгледа примена забране *venire contra factum proprium* у кривичном поступку? Постоје две одлуке српских кривичних судова у којима се суд изричито позвао на овај принцип приликом пресуђења.

У првом случају првостепени суд је одлучио осуђујућом пресудом. Окривљени је примио пресуду и изјавио жалбу на њу. Бранилац окривљеног је одбио пријем првостепене пресуде, позивајући се на „штрајк адвоката“. Виши суд је одбио жалбу окривљеног као неосновану и потврдио првостепену пресуду. Након тога, у току трајања „штајка адвоката“ бранилац окривљеног је, у том својству, као бранилац, изјавио Врховном касационом суду ванредни правни лек захтев за заштиту законитости против правноснажних првостепене и другостепене пресуде. Након што је од највише инстанце добио негативну одлуку по захтеву, бранилац је затражио од првостепеног суда да му се формално уручи првостепена пресуда да би на њу изјавио жалбу. Одлучујући о овој жалби другостепени суд ју је одбацио као недозвољену, јер је оценио поступање браниоца као злоупотребу процесних права по принципу *venire contra factum proprium*,

http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/gustavo_cunha_prazeres-1.pdf,
приступ 26.9.2015.

⁶⁶⁶ Види примере наведене за противречно вршење права у првом делу, глава I, наслов „5.6. Противречно вршење права“, тако, тужилац је поднео тужбу арбитражи, јер је са туженим уговорио арбитражну клаузулу, на шта је тужени приговорио да је надлежан редовни суд, тврдећи да је арбитражни уговор непуноважан, док је на редовном суду приговорио, пак, да је надлежна арбитража (случај из немачке судске праксе).

наиме, бранилац је првобитно, када је изјавио захтев за заштиту законитости третирао пресуду првостепеног суда као правноснажну, те је изгубио право (нема право) да је накнадно третира као неправноснажну и напада је жалбом.

У образложењу одлуке другостепени суд је навео: „Код оваквог стања ствари, овај Суд је оценио понашање адв О.О., браниоца окр. Н.А., као злоупотребу процесних права, конкретно, злоупотребљено је право браниоца на правни лек, и утврдио да је адв. О.О. својим поступањем у току овог поступка у својству браниоца изгубио право да се жали на пресуду Основног суда у Краљеву 7К. 1357/13 од 22.9.2014. године.

Злоупотреба процесног права о којој је овде реч извршена је по основу противречног понашања у правном односу, конкретно, у кривичнопроцесном односу браниоца адв. О.О. према судовима који су одлучивали у току поступка о кривици окр. Н.А.“.⁶⁶⁷

У другом случају бранилац окривљеног је пред првостепеним судом предложио, а јавни тужилац се са тиме сагласио, да се сведоци који нису саслушани у току поступка, а који живе у другој држави, саслушају замолним путем пред судовима друге државе. Када је након више од годину дана суд прибавио исказе сведока и одлучио да их прочита на претресу, бранилац оптуженог се томе успротивио уз тврдњу да ће на тај начин бити прекршено начело непосредности кривичног поступка, сада је предложио да суд позове сведоке и саслуша их непосредно на претресу (иако је свим учесницима у поступку било очигледно, јасно да суд не може да обезбеди непосредно присуство ових сведока у поступку). Првостепени суд је на претресу извео доказ читањем исказа сведока са записника прибављених пред судовима друге државе и пресудио осуђујућом пресудом. Бранилац се жалио на ову пресуду, само из једног разлога, наиме, због битне повреде одредаба кривичног поступка, јер је на суђењу у првостепеном поступку дошло до повреде начела непосредности кривичног поступка. Виши суд је одбио жалбу као неосновану и оценио да је поступање одбране у првостепеном поступку типичан пример злоупотребе кривичнопроцесних права по принципу *venire contra factum proprium*.⁶⁶⁸ У овом случају постоји и пресуда Врховног касационог суда која је потврдила оцену

⁶⁶⁷ Пресуда Основног суда у Краљеву 7К. 1357/13 од 22.9.2014. и решење Вишег суда у Краљеву Кж. 124/15 од 2.4.2015. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁶⁶⁸ Пресуда Основног суда у Краљеву 7К. 1357/13 од 22.9.2014. и пресуда Вишег суда у Краљеву Кж. 267/15 од 2.7.2015. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

другостепеног суда да је у конкретном случају реч о злоупотреби процесних права одбране у току првостепеног поступка.

Врховни суд је рекао: „... по оцени Врховног касационог суда, правилно је другостепени суд нашао да инсистирање браниоца окривљеног на непосредном саслушању ових сведока, код чињенице да је исти на главном претресу одржаном дана 29.7.2009. године предложио суду да се наведени сведоци саслушају замолним путем, са којим предлогом се јавни тужилац сагласио, након чега је суд предузео законом прописане радње како би се ови сведоци замолним путем саслушали пред надлежним судом замољене државе према месту пребивалишта, а чије присуство на главном претресу суд и поред бројних позива није могао да обезбеди, *представља злоупотребу процесних овлашћења браниоца окривљеног усмерену на одуговлачење кривичног поступка* (курзив М.Д.)“.⁶⁶⁹

Дакле, у овом случају имамо потврду највише судске инстанце у кривичном поступку да је конкретно процесно поступање браниоца окривљеног у кривичнопроцесном односу злоупотреба субјективног процесног права по принципу *venire contra factum proprium*.

Ово нам даје за право да цитиране пресуде основног, вишег и Врховног касационог суда сматрамо историјским и уводним за принцип *venire contra factum proprium* у српско кривично правосуђе.

2.7. Злоупотреба неправичним вршењем кривичнопроцесних права

Већ у првом члану српског Законика о кривичном поступку наведено је да тај закон утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка.⁶⁷⁰

Принцип правичности је основни принцип кривичног поступка.

Кривични поступак не може да буде правичан ако су процесне радње учесника у поступку неправичне по начину вршења, или по последици (циљу) којој се тежило вршењем радње. Ово важи за вршење субјективних процесних права свих учесника у

⁶⁶⁹ Пресуда Врховног касационог суда Србије Кзз. 956/2015 од 10.11.2015. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁶⁷⁰ Члан 1. став 1. Законика о кривичном поступку.

кривичном поступку, а не само за субјективна процесна права органа поступка, односно суда.

Све злоупотребе субјективних кривичнопроцесних права, сви њихови видови, генерално посматрано, чине кривични поступак (суђење) неправичним у целини. Такав закључак произилази из образложења више одлука Суда за људска права.

Навешћемо као пример одлуку Суда у предмету *Jalloh v. Germany* [GC], представка 54810/00, 11. јул 2006. године, у којој је у тачки 108. образложења наведено да Суд сматра да је коришћење доказа прибављених присилним давањем еметика (средства за изазивање повраћања) окривљеном (што би се могло подвести под неморално вршење процесних овлашћења) учинило суђење у целисти неправичним.⁶⁷¹

Кривичнопроцесна злоупотреба неправичним вршењем субјективног процесног права постојаће увек када је вршењем процесног права органа поступка, односно суда, нарушен принцип процесне једнакости странака, односно једнакости оружја.⁶⁷²

То даље значи да процесну злоупотребу неправичним вршењем кривичнопроцесног права чини орган поступка када, нпр., у конкретном случају својом одлуком доведе окривљеног у ситуацију да не може делотворно да се брани од оптужбе, нпр., тако што му не додели (постави) браниоца по службеној дужности у ситуацији када

⁶⁷¹ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Jalloh v. Germany* [GC], представка бр. 54810/00, 11. јул 2006. године, објављено у: Džeremi Mekbrajd, *op.cit.*, 188-189.

⁶⁷² „Сам термин „злоупотреба“ у основи означава примену метода и праксе које формално нису забрањене важећим законом, које нарушавају равнотежу интереса правичног правосуђа и заштите личности у корист једне од страна претпретресног и/или судског поступка.

Под формама злоупотребе права сматрају се радње (или нечињења) које су формално у складу са законом, али ступају у противречје са задатком и принципима кривичног поступка и које нарушавају равнотежу између интереса правичног правосуђа и заштите личности у корист једне од страна. Тако, као облик злоупотребе права може се назвати случај када председавајући недовољно поштује кривичнопроцесне захтеве једне од страна у случају да се крше његова процесна права и не предузима одговарајуће мере за отклањање тих кршења.

На пример, порота коју је изабрао Ставропољски окружни суд је одлучујући о кривици грађанина Т. донела ослобађајућу пресуду. Јавни тужилац је у жалби указао да председавајући током суђења није пресекао изјаве и радње адвоката Т. које су су биле супротне закону, а које су утицале на формирање ставова пороте у доношењу пресуде.

Незаконит утицај одбране на пороту довео је до тога да је поротница К. приликом излагања адвоката климнула главом у знак одобравања и тиме исказала подршку његовом гледишту. Сматрајући такво понашање недопустивим, јавни тужилац је поднео предлог за замену поротника, али предлог није био прихваћен од стране председавајућег. Врховни суд Руске Федерације је укинуо пресуду и рекао следеће: „Не базирајући се на стално, систематско кршење кривичнопроцесног закона од стране адвоката, председавајући није предузео све неопходне мере, а нарочито оне предвиђене у члану 258 став 2 Закона о кривичном поступку, ради одржавања реда на судском рочишту, него се само ограничио на то да сваки пут опомиње адвоката. Приликом давања поука председавајући није поучио поротника о свим радњама и изјавама браниоца које су у супротности са законом. Зато се пресуда не може сматрати законитом“.

Вид.: Т. В. Якушева, *Злоупотребление процессуальными правами в судебном следствии*, Известия Алтайского государственного университета, Выпуск № 2-1 (70) /2011., 123-126.

не постоје законски услови за постављање браниоца по службеној дужности, али је то у конкретном случају било целисходно с обзиром на сложеност и обим кривичне ствари.

673

Тако, у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Berliński v. Poland*, наведено је:

„75. Суд подсећа да, иако је основна сврха члана 6, у односу на кривичне ствари, да обезбеди правично суђење од стране „суда“ надлежног за одлучивање о кривичној оптужби, не следи да ова одредба Конвенције нема своју примену у преткривичном поступку...

76. ... Иако члан 6 обично захтева да се окривљеном одобри да користи помоћ браниоца у почетним фазама полицијског саслушања, ово право, које није изричито предвиђено у Конвенцији, се може подвргнути ограничењима из оправданих разлога. Питање које се односи на сваки предмет је да ли ограничења, у светлу поступка у целини, лишавају подносиоца правичног суђења...

77. Суд примећује да је неспорно да су подносиоцима недостајала средства како би ангаžовали приватног браниоца, у контексту кривичног поступка против њих. Такође је неоспорно да су власти игнорисале захтев подносилаца да им се постави бранилац по службеној дужности, што је имало за последицу да нису имали браниоца више од једне године. С обзиром да је низ процесних радњи, укључујући саслушање подносилаца и разматрање медицинских извештаја, спроведен у том периоду..., Суд не налази оправдање за ово ограничење, које је лишило подносиоце права да се адекватно бране током истраге и суђења.

78. Сходно томе, постојала је повреда члана 6 став 1 и 3 (ц) Конвенције“.⁶⁷⁴

Постоје бројне одлуке Суда за људска права у којима су констатоване случајне злоупотребе органа поступка (суда). Очигледно, овакве злоупотребе су честе пред кривичним судовима.⁶⁷⁵

⁶⁷³ Члан 77. Законика о кривичном поступку: Окривљеном који према свом имовинском стању не може да плати награду и трошкове браниоца, поставиће се на његов захтев бранилац иако не постоје разлози за обавезну одбрану, ако се кривични поступак води за кривично дело за које се може изрећи казна затвора преко три године или ако то налажу разлози правичности. У том случају, трошкови одбране падају на терет буџетских средстава суда. О захтеву из става 1. овог члана одлучује судија за претходни поступак, председник већа или судија појединац, а браниоца решењем поставља председник суда пред којим се води поступак по редоследу са списка адвоката који доставља надлежна адвокатска комора. Постављени бранилац из става 1. овог члана има својство браниоца по службеној дужности.

⁶⁷⁴ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Berliński v. Poland*, представке број 27715/95 и 30209/96, 20. јун 2002. године, објављено у: *Dž. Mekbrajd, op.cit.*, 222-223.

⁶⁷⁵ Вид.: Одлука Европског суда за људска права у предмету *Quaranta v. Switzerland*, представка број 12744/87, 24. мај 1991. године, објављено у: *Dž. Mekbrajd, op.cit.*, 223. Такође: Одлука Европског суда за

Орган поступка (суд) чини злоупотребу неправичним вршењем кривичнопроцесног права када у конкретном случају (*без намере шкођења*) постави окривљеном браниоца по службеној дужности који не може да му пружи делотворну одбрану, и/или када окривљеном и браниоцу не омогући довољно времена да припреме одбрану.

Тако, у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Bogumil v. Portugal*, речено је:

„47. Суд констатује да је током почетне фазе поступка подносиоцу представке помагао један адвокатски приправник, који је интервенисао неколико пута. Дана 15. јануара 2003. године, пошто је државни тужилац утврдио да тај адвокатски приправник не може да заступа подносиоца представке с обзиром на тежину казне која му је претила у овом предмету, други бранилац, за кога се претпостављало да је искуснији, постављен је по службеној дужности. Он је интервенисао у поступку тек 15. септембра 2003. године, три дана пре почетка суђења, и то само да би затражио да буде ослобођен своје дужности. Нови бранилац по службеној дужности одређена је на сам дан рочишта; она је имала могућност да проучи предмет између 10.00 и 15.15 часова.

48. У овим околностима, требало би поћи од констатације да, с обзиром на припрему и на вођење предмета од стране бранилаца постављених по службеној дужности, циљ чијем постизању тежи члан 6 став 3 није био остварен. Нарочито обзиром да се радило о браниоцу по службеној дужности која је именована на сам дан рочишта, временски интервал од нешто више од пет сати, колико је имала на располагању за припрему одбране, био је очигледно исувише кратак за један тежак предмет који би се могао завршити изрицањем тешке казне. ...

49. Суочен с једном таквом „очигледном мањкавошћу“ одбране, подносилац представке је скренуо на то пажњу судским властима. Међутим, девето веће Кривичног суда у Лисабону није одговорило на адекватан начин на његове захтеве и није проверило да ли је заинтересованом заиста „помогао“ бранилац по службеној дужности. Према томе, након што је одредио замену, кривични суд у Лисабону, који је морао знати да подносилац представке до тада није добио адекватну правну помоћ, могао је на сопствену иницијативу да одложи расправу. Чињеница да то није учинио бранилац постављен по службеној дужности, није од значаја. Околности случаја су налагале суду да не буде пасиван и да обезбеди стварно и делотворно поштовање права на одбрану подносиоца представке.

људска права у предмету *Kolu v. Turkey*, представка број 35811/97, 2 август 2005. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 199-200.

50. Те оцене, узете у целости, наводе Суд да закључи да захтеви члана 6 став 1 и 3 (ц), разматраних заједно, нису испоштовани. Дошло је, дакле, до повреде тих одредаба“.⁶⁷⁶

Суд чини злоупотребу неправичним вршењем права када у конкретном случају, у ситуацији противречних доказа против оптуженог, одбије предлог одбране за извођење доказа који му иду у прилог.

Тако, у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Popov v. Russia*, наведено је:

„184. Суд примећује да је подносилац представке тражио од суда одобрење да позове неколико сведока за које је тврдио да су могли да потврде његов алиби ... Међутим, суд је одбацио изјаве сведока наводећи да су они рођаци подносиоца представке па су покушали да му помогну...

185. Суд примећује и да, када је одбио да саслуша госпођу Р. и господина Кх. [који нису у сродству с подносиоцем], првостепени суд није размотрио да ли би њихове изјаве могле да буду од значаја за испитивање случаја. Међутим, из чињенице да су претходне молбе одбране да они буду саслушани одобрене неколико пута, како током претходне истраге тако и током главног претреса, следи да су се домаћи органи власти слагали са ставом да би њихове изјаве могле да буду релевантне.

188. ... Имајући у виду да је осуда подносиоца представке била заснована на противречним доказима против њега, Суд сматра да је одбијање домаћих судова да саслушају сведоке одбране без узимања у обзир релевантности њихових изјава довело до ограничавања права одбране које је било неспојиво с јемствима правичног суђења уграђеним у члан 6...“.⁶⁷⁷

Такође, када суд у конкретном случају, позивајући се на легитиман интерес другог учесника у поступку, не да могућност одбрани да испита сведоке оптужбе на чијим исказима је заснована оптужба против оптуженог.

„42. ... Подносилац представке је тврдио да је његова осуда заснована пре свега на извештају прикривеног истражитеља и стенограмима телефонских разговора с истим,

⁶⁷⁶ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Bogumil v. Portugal*, представка број 35228/03, 7. октобар 2008. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 229-230.

⁶⁷⁷ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Popov v. Russia*, представка бр. 26853/04, 13. јул 2006. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 174.

премда ни у једном тренутку током поступка он није имао прилику да га испита или да га неко други испита...

49. ... ни истражни судија ни поступајући судови нису могли нити били спремни да саслушају Тонија [прикривеног истражитеља] као сведока нити да изврше суочење на коме би изјаве Тонија могле да буду супротстављене наводима г. Лидија; штавише, ни г. Лиди ни његов заступник нису ни у једном тренутку током поступка имали прилику да га испитају и оспоре истинитост његових навода. Ипак, било је могуће да то буде учињено на начин који би узео у обзир легитиман интерес полиције, у случају трговине наркотицима, да очува анонимност свог оперативца, како би могли да га заштите и поново користе у будућности...

50. Све у свему, права одбране су била ограничена у таквој мери да подносилац представке није имао правично суђење. Сходно томе, постојала је повреда става 3 (д) заједно са ставом 1 члана 6...⁶⁷⁸

2.8. Злоупотреба неморалним вршењем кривичнопроцесних права

Објективни друштвени морал (морал у демократском друштву) је елемент садржине субјективних права; истовремено он је граница вршења субјективних права. Приликом вршења субјективног права титулар мора да води рачуна да његово остваривање буде у складу са објективним друштвеним моралом.

Објективни друштвени морал садржан је у вршењу сваке кривичнопроцесне радње, у бити је сваког субјективног кривичнопроцесног права.

Злоупотребу неморалним вршењем кривичнопроцесног права чини учесник у кривичном поступку који своје процесно право врши на начин који је противан друштвеном моралу и притом шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку. У таквом случају то није вршење права, већ злоупотреба и подлеже санкционисању.

Реч је о објективном друштвеном моралу. Овај критеријум злоупотребе објективно је конципиран.

У Законику о кривичном поступку ово је речено посредно, одредбом, нпр. да председник већа може, после претходне опомене, прекинути лице које у својој завршној речи прекорачи одобрено време, или вређа јавни ред и морал, или вређа другога, или се упушта у понављање или излагање које очигледно није у вези са предметом.⁶⁷⁹ Дакле,

⁶⁷⁸ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Ludi v. Switzerland*, представка бр. 12433/86, 15. јун 1992. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 175.

⁶⁷⁹ Члан 413. став 6. Законика о кривичном поступку.

злоупотреба неморалним вршењем кривичнопроцесног права на завршну реч санкционише се одузимањем, ускраћивањем права.

Законодавац је слично рекао и у одредби у којој је прописано да је орган поступка дужан да заштити свој углед и углед странака и других учесника у поступку увреде, претње и сваког другог напада.⁶⁸⁰ Ако учесник у поступку у поднеску чини злоупотребу неморалним вршењем процесног права на обраћање органу поступка (суду) тако што вређа суд или другог учесника у поступку, суд ће казнити новчаном казном окривљеног, браниоца, пуномоћника, законског заступника, оштећеног, приватног тужиоца или оштећеног као тужиоца; о кажњавању адвоката обавестиће надлежну адвокатску комору,⁶⁸¹ а о неморалној процесној злоупотреби јавног тужиоца или лица које га замењује вређањем у поднеску другог учесника у поступку обавестиће надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца.⁶⁸²

Такође, суд је дужан да свој углед и безбедност, углед и сигурност странака и других учесника у поступку, заштити од увреде, претње и сваког другог напада.⁶⁸³

Морал је релативна ствар. Оно што је неморално у једном друштву не мора да буде схваћено као неморално у другом. Ипак, постоје вредности чија повреда вређа схватања морала сваког друштва. То су свакако људско достојанство и приватност лица.

Постојаће, дакле, злоупотреба субјективног процесног права у случајевима када је право вршено на начин који представља нечовечно и понижавајуће поступање у односу на другог учесника у поступку.

Злоупотреба неморалним вршењем процесног права је, најчешће, одраз примитивности, бахатости процесног учесника титулара права. Међутим, неморално вршење права често има свој циљ да код супротне стране створи осећај страха, зебње и инфериорности, да је понизи, осрамоти и сломи њен морални отпор.

Тако, у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Erdoğan Yağiz v. Turkey*, наведено је:

„34. Суд је утврдио да се подносилац представке не жали на физичко насиље, већ на нечовечно и понижавајуће поступање које се састојало у присиљавању да седи на истој столици три дана, трпи увреде, са лисицама на рукама, изложен погледу јавности на свом радном месту, у кварту где живи и пред својом породицом... не постоји било који елемент

⁶⁸⁰ Члан 231. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁶⁸¹ Члан 231. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁶⁸² Члан 231. став 4. Законика о кривичном поступку.

⁶⁸³ Члан 369. став 1. Законика о кривичном поступку.

у списима овог предмета који указује да је подносилац представке представљао опасност по самог себе или друге, или да је у прошлости вршио кривична дела, дела аутодеструкције и насиља против других лица. Суд сматра посебно значајним чињеницу да у својим разматрањима држава не предочава никакво образложење којим се оправдава нужност ношења лисица. ... Сходно томе, Суд процењује да је, у конкретном контексту овог случаја, излагање очима јавности подносиоца представке са лисицама имало за циљ да код њега створи осећај страха, зebње и инфериорности, што би га понизило, осрамотило и на крају сломило његов морални отпор“.⁶⁸⁴

Сличан је и следећи пример, у коме се описује континуирано гнусно и понижавајуће поступање према ухапшеном од стране полиције током вишедневног саслушања. У одлуци Европског суда за људска права у предмету *Selmouni v. France* [GC], наведено је:

„102. Суд је уверен да је г. Селмунију нанет велики број удараца. Ма какво да је здравствено стање лица, може се претпоставити да би таква јачина удараца изазвала значајан бол. Штавише, ударац не оставља, сам по себи, видљив траг на телу. Међутим, на основу медицинског извештаја др Гарнијеа од 7. септембра 1991. године ... може се видети да су трагови насиља које је претрпео г. Селмуни прекрили готово читаво тело.

103. Суд, такође, примећује да је подносилац био вучен за косу; да је био приморан да трчи кроз ходник дуж кога су, с обе стране, били постављени полицајци како би га саплитали; да је био приморан да клекне пред младом женом, којој је неко рекао „Погледај, сад ћеш чути неког како пева“; да је полицајац пред њим показао свој пенис, говорећи „Ево, сисај га“, пре него што је уринирао по њему; и да му је претио лет-лампом, а затим шприцем... Поред насилне природе наведених радњи, Суд је обавезан да примети да су оне гнусне и понижавајуће за свакога, независно од личног стања.

104. Коначно, Суд примећује да поменути догађаји нису били ограничени на период трајања полицијског задржавања, током кога су појачана напетост и емоције могле навести службена лица на такав преступ, иако их то ни на који начин не може оправдати. Јасно је утврђено да је г. Селмуни претрпео континуирано и поновљено насиље, током вишедневног саслушања...

105. Под овим околностима, Суд је уверења да је физичко и психичко насиље, које је почињено према личности подносиоца разматрано као целина, проузроковало

⁶⁸⁴ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Erdoğan Yağiz v. Turkey*, представка број 27473/02, 6. март 2007. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 45.

„тежак“ бол и патњу, те је било нарочито озбиљно и сурово. Овакво понашање се мора сматрати као чин мучења у смислу члана 3 Конвенције“.⁶⁸⁵

Осим отворене физичке и психичке тортуре од стране једног према другом учеснику у поступку, неморално вршење кривичнопроцесног права постојаће у свим случајевима прибављања доказа чином који се може квалификовати као нечовечно и понижавајуће поступање.

У одлуци Европског суда за људска права у предмету *Jalloh v. Germany* [GC], наведено је, поред осталог:

„105. ... коришћење доказа прибављених кршењем члана 3 у кривичном поступку покреће озбиљна питања у погледу правичности поступака. Суд није нашао у овом случају да је подносилац био подвргнут мучењу. По његовом мишљењу, *судови се никада не смеју ослањати на оптужујуће доказе – било да су у облику признања или материјалних доказа – који су прибављени као последица дела насиља или свирепости или других поступака који се могу означити као мучење – као доказ кривице жртве таквог поступања, без обзира на њихову доказну вредност. Било какав други закључак би посредно озаконио ону врсту понашања која се мора етички осудити* (курзив М.Д.), а коју су аутори члана 3 Конвенције желели да забране или, како је Врховни суд САД веома лепо рекао у пресуди у предмету *Rochin...*, „ставити свирепост под плашт закона“. Суд у вези с овим примећује да је чланом 15 Конвенције УН против мучења и других окрутних, нечовечних или понижавајућих поступака или кажњавања одређено да се изјаве за које се докаже да су дате као резултат мучења не смеју користити као докази у поступцима против жртве мучења“.⁶⁸⁶

Орган поступка, дакле, чини злоупотребу неморалним вршењем процесног права увек када је одбрана осумњиченог, односно окривљеног (или исказ сведока) прибављена методама које се могу подвести под мучење (без обзира да ли је у конкретном правном систему такво поступање прописано као кривично дело).

Законик о кривичном поступку је у неколико одредби прописао да је задирање у туђу приватност у току поступка дозвољено само у мери која је неопходна за ваљано вођење поступка. У закону су прописане мере за заштиту приватности и друштвеног

⁶⁸⁵ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Selmouni v. France* [GC], представка бр. 25803/94, 28. јул 1999. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 135-136.

⁶⁸⁶ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Jalloh v. Germany* [GC], представка бр. 54810/00, 11. јул 2006. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 188-189.

морала (тако, прописано је да свако ко има оправдани интерес може разматрати, копирати или снимати поједине списе, осим оних који имају ознаку степена тајности;⁶⁸⁷ међутим, ако је са главног претреса била искључена јавност или би право на приватност могло да буде теже повређено, разматрање списка се може ускратити или условити забраном јавне употребе имена учесника у поступку^{688, 689}).

Злоупотреба неморалним вршењем процесног права постојаће увек када учесник у поступку вршењем процесног права неосновано, беспотребно наруши право на приватност другог учесника у поступку или трећег лица. Нпр., постојаће злоупотреба неморалним вршењем процесног права када јавни тужилац предложи, а суд прихвати и изведе на претресу доказ слушањем тонских записа, или читањем преписа ових записа и на тај начин непотребно открије јавности околности из приватног живота учесника у поступку или трећег лица у мери већој него што је то било потребно за правилно вођење поступка.

Тако, у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Craxi v. Italy (No 2)*, наведено је:

„57. ... Читање, на претресу одржаном 29. септембра 1995. године и објављивање садржаја пресретнутих телефонских разговора у штампи сводило се на ометање примене права обезбеђеног подносиоцу представке у ставу 1 члана 8 Конвенције...

60. Суд примећује да је подносилац представке посебно критиковао чињеницу да је након претреса од 29. септембра 1995. године штампа објавила садржај одређених разговора пресретнутих на његовој телефонској линији у Хамамету.

66. Суд примећује да су у овом предмету неки од разговора објављених у штампи били строго приватне природе. Разговори су се тицали односа подносиоца представке и његове жене с адвокатом, с бившим колегом, с политичком присталицом и женом г.

⁶⁸⁷ Члан 250. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁶⁸⁸ Члан 250. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁶⁸⁹ Право на приватност се наводи и у другим одредбама кривичнопроцесног закона, тако, ако је то неопходно ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника, приватности учесника у поступку или других оправданих интереса у демократском друштву, орган поступка који предузима доказну радњу наредиће лицима која саслушава, односно испитује или која присуствују доказним радњама или разгледају списе истраге да чувају као тајну одређене чињенице или податке које су том приликом сазнала и упозориће их да одавање тајне представља кривично дело, у складу са законом (члан 304. став 1. Законика о кривичном поступку); од отварања заседања, па до завршетка главног претреса, веће може, по службеној дужности или на предлог странке или браниоца, али увек након њиховог изјашњења, искључити јавност за цео главни претрес или за један његов део, ако је то потребно ради заштите: интереса националне безбедности; јавног реда и морала; интереса малолетника; приватности учесника у поступку; других оправданих интереса у демократском друштву (члан 363. Законика о кривичном поступку).

Берлусконија. Њихов садржај је имао мало или никакве везе с кривичном оптужницом против подносиоца представке...

67. По мишљењу Суда, објављивање разговора у штампи није испуњавало важну друштвену потребу. Сходно томе, мешање у права подносиоца представке гарантовано ставом 1 члана 8 Конвенције није било сразмерно легитимним циљевима којима се тежило и да стога нису били „неопходни у демократском друштву“ у смислу другог става ове одредбе...“.⁶⁹⁰

Суд чини злоупотребу неморалним вршењем права када у конкретном случају у пресуди или на други начин непотребно открије јавности околности из приватног живота лица које могу да шкоде његовом угледу, а то није било неопходно за правилно и несметано вођење кривичног поступка.

Тако, у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Z v. Finland*, наведено је: „113. На крају, Суд мора да испита да ли су постојали довољни разлози који би оправдали објављивање у штампи имена подносиоца представке и податка о заражености ХИВ вирусом из текста пресуде Апелационог суда...

По релевантном финском праву, Апелациони суд је уживао дискреционо право да, као прво, избегне помињање било каквих имена у пресуди да се не би омогућило препознавање подносиоца представке и, као друго, да учини пуно образложење пресуде поверљивим на одређени рок и уместо тога објави скраћену верзију образложења, диспозитив и укаже на закон који је применио...

Без обзира на то да ли је подносилац представке изричито тражила од Апелационог суда да избегне објављивање њеног имена и здравственог стања, бранилац лица Х. је обавестио тај суд о њеним жељама да се налог о поверљивости продужи на рок дужи од десет година... Из овога је на крају следило да ће се она противити објављивању поменутих података у јавности.

У тим околностима ... Суд не налази да је спорно објављивање поткрепљено било каквим основаним разлозима. Сходно томе, објављивање поменутих података је изазвало повреду права подносиоца представке на поштовање њеног приватног и породичног живота зајемченог чланом 8...“.⁶⁹¹

⁶⁹⁰ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Craxi v. Italy (No 2)*, представка број 25337/94, 17. јул 2003. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 161.

⁶⁹¹ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Z v. Finland*, представка број 22009/93, 25. фебруар 1997. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 164-165.

Глава III

КЛАСИФИКАЦИЈЕ ЗЛОУПОТРЕБА ПРОЦЕСНИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Под класификацијом се у логици подразумева разврставање предмета било које врсте на класе према најбитнијим карактеристикама својственим тој врсти, по којима се разликују од осталих врста објекта, при чему свака класа у насталом систему заузима одређено стално место и дели се на подкласе.

Ниједна теорија не може да опстане без систематизације научних сазнања и праксе. Систематски метод укључује разматрање предмета и појава, као делова, елемената одређеног целовитог система. Ови делови и компоненте, делујући међусобно, стварају нова интегративна својства система као целине.⁶⁹²

Након што смо дефинисали предмет проучавања и утврдили облике (видове) у којима се материјализује, испољава у стварности, покушаћемо да га класификујемо (систематизујемо). Проучавани феномен је елемент већих целина права. Он је, пре свега, институт кривичног процесног права, затим, институт судског процесног права, јер је институт процесног права, најзад, део је опште теорије права. Зато феномен захтева систематизацију⁶⁹³ и класификацију.⁶⁹⁴

У правној науци питање класификације злоупотреба субјективних процесних права и других са њима повезаних сродних појава није било предмет посебног истраживања. Мало је аутора који су се бавили размишљањима о класификацији злоупотреба субјективних процесних права у судском поступку.⁶⁹⁵ Ретки су покушаји да

⁶⁹² О. И. Даровских, *Класификация злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве*, журнал „Проблемы права“ № 1 (39)/2013., 153.

⁶⁹³ Систематизовати (грч. *systema* gen. *systematos*, целински састав, целински склоп): изводити (или: извести) нешто тако да представља складну целину, средити научно, сређивати по логичном начелу, уредити у систем. М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, „Просвета“ Београд, 882.

⁶⁹⁴ Класификација (l. *classificatio*): подела, распоред, разврставање; логичка класификација подела обима једног појма, тј. подела тога појма на оне појмове које он под собом обухвата. М. Вујаклија, *op. cit.*, 430.

⁶⁹⁵ Подробнијом класификацијом злоупотреба субјективних процесних права бави се, углавном, руска процесноправна теорија, тако, о класификацији злоупотреба процесних права у грађанском поступку види: А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 128-132; о класификацији злоупотреба процесних права у кривичном поступку види: О. И. Даровских, *Класификация злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве*, журнал „Проблемы права“ № 1 (39)/2013., 153-158; такође: О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России*, Автореферат дисертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, ФГБОУ ВПО „Южно-Уральский государственный университет“ (НИУ), ноября 2013.

се класификују злоупотребе процесних права учесника у судском поступку, па тако и у кривичном судском поступку. Размишљања се углавном свODE на набрајање појавних облика злоупотреба процесних права (казуистика).

Значај класификација злоупотреба процесних права јесте у томе што обухвата различите аспекте, па самим тим и потпунији опис појаве која се изучава.⁶⁹⁶ Злоупотребе процесних права су комплексан правни феномен који има велики број појавних облика. Разноликост облика захтева класификацију свих случајева процесних злоупотреба која се темељи на различитим критеријумима који одражавају основне аспекте проучаваног појма.

Свака класификациона група наглашава карактеристике злоупотребе процесних права који омогућава свеобухватну и објективну анализу појаве.⁶⁹⁷

1. Злоупотребе процесних права у поступцима пред државним органима

Одмах на почетку, не улазећи непосредно у тему која је предмет овог дела истраживања, класификоваћемо процесне злоупотребе на оне које се врше у поступцима пред државним органима. Ова класификација има свој основ у чињеници да поступци пред различитим државним органима нису исти, немају исту конфигурацију, већ учесницима у њима дају различита субјективна процесна права, те злоупотребе субјективних процесних права нису исте у свим процесним гранама правног система. Међу њима постоје специфичности, пре свега у зависности од тога да ли је поступак судски или није. Постоје злоупотребе процесних права учесника у поступку које су специфичне за судски поступак и не појављују се у другим поступцима пред државним органима (нпр., злоупотреба субјективног процесног права на измену оптужнице). С друге стране, постоје процесне злоупотребе које су идентичне у поступцима пред различитим државним оргнима (нпр., управном и судском; тако, нпр., злоупотреба субјективног процесног права на употребу језика у поступку, која је запажена и у судском и у управном поступку).⁶⁹⁸

⁶⁹⁶ О. И. Даровских, *Класификација злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве*, журнал «Проблемы права» № 1 (39)/2013., 153.

⁶⁹⁷ А. В. Юдин, *Ibid.*

⁶⁹⁸ В. Marković, *Zloupotreba procesnih ovlašćenja u upravnom postupku*, у „Међународна конференција злоупотреба права“ (urednik Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 353-363.

Према овом критеријуму све процесне злоупотребе субјективних процесних права учесника у поступцима пред државним органима могу се класификовати на 1) злоупотребе процесних права учесника у управном поступку, и на 2) злоупотребе процесних права учесника у судском поступку.

Ове друге могу се даље класификовати на а) злоупотребе процесних права учесника у грађанском поступку (парничном, који карактерише сукоб интереса странака у поступку који решава надлежни суд; ванпарничном, у којем не постоји сукоб странака у поступку, и извршном судском поступку); б) злоупотребе процесних права учесника у кривичном поступку, као посебном законом уређеном поступку у којем надлежни суд решава о постојању законом предвиђеног кривичног дела, законом прописаној одговорности учиниоца конкретног кривичног дела и изриче законом предвиђену санкцију према кривично одговорном учиниоцу кривичног дела; в) злоупотребе процесних права у управном судском поступку (управни спор).

Иако не постоји општеприхваћена теорија процесне злоупотребе у судском поступку, свакако да по овом основу треба правити разлику између различитих судских поступака, јер они нису исти ни по форми, ни по садржини.

У теорији постоје захтеви и покушаји за формирањем, осмишљавањем једног заједничког концепта злоупотребе процесних права који би био применљив на све поступке, уз поштовање специфичности сваког од њих.⁶⁹⁹

2. Класификације злоупотреба процесних права у кривичном поступку

Сматрамо да основи за класификације злоупотреба процесних права у кривичном поступку треба да буду следећи критеријуми.

2.1. Злоупотреба кривичног поступка и злоупотребе процесних права у кривичном поступку

⁶⁹⁹ А. Comelli, *L'abuso del processo, con particolare riferimento al processo tributario*, Periodico: Diritto e pratica tributaria, 2012. I, 755-783.

У јужноамеричкој процесноправној теорији прави се разлика на „злоупотребу поступка“ (или „злоупотребу са поступком“, *el abuso „del“, „con” el proceso*) и „злоупотребу у поступку“ (*el abuso „en“ el proceso*). Класификација је базирана на околности када је учињена злоупотреба субјективног процесног права: на почетку поступка, самим подношењем тужбе суду, односно самим покретањем поступка, када је реч о злоупотреби (целог) поступка, или је процесна злоупотреба учињена након подношења тужбе, у току поступка, када се злоупотребљава поједино процесно право.⁷⁰⁰ Злоупотреба поступка представља злоупотребу самог уставног права на приступ суду ради заштите (наводно) угроженог или повређеног права, односно, злоупотребљава се право на тужбу. Злоупотреба у поступку представља злоупотребу појединог процесног права (процесног инструмента, института).^{701, 702}

Злоупотреба поступка постоји када се поступак користи против његових циљева или за постизање незаконитих циљева (интереса). Она је генерисана кроз само покретање поступка. Странка користи поступак – *ab initio* – са намером (каквог) преусмерења. Поступак служи лажном циљу, сврси.⁷⁰³ Злоупотреба поступка је злоупотреба права на тужбу, када се иницијалним актом свесно покушава неразумно, превише, неосновано, непотребно.⁷⁰⁴ Ова категорија укључује четири врсте поступака: 1) непотребне, 2) грубо неосноване, 3) преусмеравајуће и 4) претеране поступке, нпр., изабран је скуп или више поступака да би се постигао циљ који је могао да буде постигнут јефтиним или једним поступком.⁷⁰⁵

⁷⁰⁰ S. Antoraz, *El abuso procesal como principio moral, Recapitulación doctrinaria, jurisprudencial y normative*, Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral, 19-21, elektronski izvor, dostupno na http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/El_Abuso_Procesal_como_Principio_Moral.pdf, pristup 16.6.2014.

⁷⁰¹ У Аргентини се за ову класификацију користе и термини „општа злоупотреба“ и „специфична (посебна) злоупотреба“. Општа злоупотреба је злоупотреба права на тужбу или одбрану, манифестује се у подношењу неосноване тужбе суду; специфична злоупотреба се манифестује у појединим процесним радњама. Вид.: R. G. Loutayf Ranea: *Abuso procesal*, Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina). Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba 2004. dostupno na www.acaderc.org.ar/doctrina/.../artabusoprocetal/at.../f...., pristup 24.1.2015. godine.

⁷⁰² У Бразилу се за ову класификацију користе и термини „макроскопске злоупотребе поступка“, као злоупотребе права на тужбу, и „микроскопске злоупотребе поступка“, које се односе на злоупотребе различитих посебних процесних механизма деловања оптужбе и одбране. Вид.: R. M. Vilas-Bôas: *A Forma de Efetivação do Princípio da Celeridade mediante a coibição do Abuso Processual*, Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília n.3, v.1 jan/abr de 2009.

⁷⁰³ Нпр., у парничном поступку када је лажан поступак инициран уз сагласно поступање обе странке, не да би се извршио пренос својине на ствари са тужиоца на туженог јер тужени јесте власник, већ да би се изиграо извршни поверилац тужиоца, или да би се заобишла надлежност месно надлежног суда, или изиграо стечајни поверилац, тако што се тужбом обухватило и лице које са процесноправног аспекта нема својство туженог, али има пребивалиште на подручју суда чија се надлежност жели да конституише; након заснивања месне надлежности суда према том лицу тужба ће бити повучена.

⁷⁰⁴ R. G. Loutayf Ranea, *Abuso Procesal, Ibid.*

⁷⁰⁵ S. Antoraz, *Ibid.*

„Злоупотреба поступка“ је могућа не само кроз злоупотребу права на тужбу, већ и у току, унутар поступка. То ће бити случај када се врши злоупотреба споредног, претходног поступка, поступка унутар главног поступка, поступка од исхода којег, нпр., зависи надлежност суда, који служи за припрему, „кориговање“, усмеравање главног поступка („преусмеравајући“ поступци). То је избор поступка као *средства* којим би се скренуо нормалан редослед надлежности. У кривичном поступку таква је злоупотреба поступка за делегацију другог месно надлежног суда.⁷⁰⁶

„Злоупотреба у поступку“ чини се унутар, у току поступка, једном или више процесних радњи или етапа (фаза). Представља денатурацију (неприродност) процесних права (инструмената, алата). Процесна злоупотреба верификована у каснијој фази, након почетка поступка, подразумева злоупотребу права деловањем у различитим фазама поступка. Улазна је категорија за све облике понашања који ослабљују, ометају или искривљују праве циљеве поступка.

Слична класификација процесних злоупотреба у судском поступку прихваћена је и у руској процесноправној теорији. Тако, Н. А. Шебанова сматра да се злоупотребе процесних права у судском (парничном) поступку могу поделити, између осталог, на злоупотребе процедуре решавања спора (злоупотреба права тужиоца на подношење тужбе и злоупотреба права туженог на заштиту од тужбе) и злоупотребе појединих процесних права.⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ Види други део, глава IV, наслов „4.1. „Преусмеравајуће“ злоупотребе кривичног суда (злоупотреба права на преношење месне надлежности)“.

⁷⁰⁷ Н. А. Шебанова, међутим, наводи да су ово *видови* злоупотреба процесних права.

Према ауторки, злоупотреба процедуре решавања спора је злоупотреба права на добијање законске судске заштите. Она може да потекне како од тужиоца („злоупотреба права на тужбу“), тако и од стране туженог („злоупотреба права на одбрану“). Злоупотреба права на тужбу постоји у оним случајевима када тужилац увлачи туженог у поступак, а да при том нема никакав законити интерес. То се дешава када тужилац подноси тужбу без јасног правног или чињеничног основа, или када тужилац врло неопредељено указује на ове елементе тужбе. Циљеви које следи страна подносиоци такву тужбу могу да буду различити: од баналног – да се дефинише позиција суда према новој категорији спора која до тада није постојала у судској пракси, до је веома опасног – да се супротна страна онемогући у нормалној пословној активности. Други случај се односи на покушаје да се наруши принцип *res judicata* подношењем тужбе са захтевом да се одлучи о питањима која су већ решена правноснажном одлуком суда. Злоупотреба права на одбрану се у многим случајевима јавља као реакција на основу и добро припремљену тужбу. Стога, заштита од ове врсте тужби такође може да се сматра као злоупотреба, исто као и било која одбрана која није заснована на чињеничним и законским основама које су посебно предвиђене законом.

Када је реч о злоупотребама појединих процесних права, њихова квалификација је сложенија, јер су оне повезане са конкретним процесним правилима и посебним случајевима кршења. Примери за такве злоупотребе су: подношење захтева за изузеће судије када је поднет по измишљеним, или основима који нису потврђени доказима, искључиво у сврху одуговлачења поступка; контрадикторна понашања странака, када странка у току поступку побија околности које је већ изложила раније у прилогу своје позиције; злоупотреба захтева за издавање привремених мера; вишекратно подношење захтева за одлагање рочишта уколико нису образложени или ако су поднети једино са циљем одуговлачења поступка; честе неосноване, бесмислене жалбе на рад суда или радње лица која учествују у поступку, усмерене на одуговлачење поступка.

Слична овој је и класификација процесних злоупотреба на основу материјалног критеријума на „опште злоупотребе“ и „институционалне злоупотребе“ процесних права. Предлог за ову класификацију потиче из теорије грађанског процесног права. По овом схватању, „опште злоупотребе“ важе за судски поступак у целини, оне указују на то да је поступак покренут незаконито. По правилу, то је очигледно неосновано подношење тужбе суду прве инстанце. Институционалне злоупотребе се врше у сфери односа који су прописани процесним нормама одређеног института процесног права.⁷⁰⁸ Ова класификација је у руској процесној теорији прихваћена и од теоретичара кривичног процесног права, јер се може применити и на кривични поступак. Идентификација фаза, института, норми, у оквиру којих се јављају карактеристичне злоупотребе права од стране учесника у кривичном поступку омогућава законодавцу да развије мере којима би се минимизирала штета настала злоупотребима.⁷⁰⁹

Очигледно, између поделе на „злоупотребе поступка“ и „злоупотребе у поступку“, са једне стране, и на „опште злоупотребе“ и „институционалне злоупотребе“, са друге стране, нема суштинских разлика. Који ће се термин изабрати за именовање конкретне злоупотребе одлучиће наука кривичног процесног права. Наш предлог је да то буде „злоупотреба поступка“ и „злоупотреба у поступку“.

Оваква класификација злоупотреба може се применити и на кривични поступак. Ово свакако када је реч о поступцима за кривична дела која се гоне по приватној иницијативи. Наиме, често се догађа да фингирани грађански деликт (нпр., сметање државине права проласка службености путем) представља истовремено и кривични деликт за који је материјални кривични закон прописао приватну кривичну тужбу као иницијалну процесну радњу (кривично дело самовлашће⁷¹⁰), те када тужилац поднесе тужбу због наводно учињеног грађанског деликта, често се дешава да истовремено подноси и приватну кривичну тужбу због наводно учињеног кривичног дела. У таквом случају читав кривични поступак заснован је на лажном чињеничном основу, на лажним доказима, читав поступак је лажан и покренут је искључиво ради шиканирања⁷¹¹ противне стране, наносења јој штете, чиме се причињава штета и правосудном систему

Вид.: Н. А. Шебанова, *Злоупотребление процессуальными правами*, Арбитражная практика № 5/2002., 49.

⁷⁰⁸ А. В. Юдин, *op. cit.*, 129.

⁷⁰⁹ О. И. Даровских је навела да је ову класификацију преузела од А. В. Юдина, који ју је предложио као применљиву на парнични поступак (вид.: А. В. Юдин, *op. cit.*, 129).

⁷¹⁰ Члан 330. став 1. Кривичног законика, „Самовлашће“: Ко самовласно прибавља неко своје право или право за које сматра да му припада, казниће се...

⁷¹¹ Види други део, глава II, наслов „2.1. Шиканозо вршење кривичнопроцесних права“.

у виду ангажовања правосудних ресурса (људских и материјалних) ради решавања непостојећег спора.

Термин „злоупотреба поступка“ који овде користимо (који значи неистинитост целог поступка јер је иницијални акт заснован на неистини, дакле, обраћање суду за наводну заштиту кривичном тужбом која је базирана на неистинитом догађају и неистинитим доказима), треба разликовати од термина „злоупотреба кривичног поступка“ који се у земљама Западне Европе (Италија) користи од стране судске праксе и теорије за означавање злоупотреба процесних права учесника у кривичном поступку. У процесноправној теорији и судској пракси ових земаља термин „злоупотреба поступка“ користи се, као општи, и за „злоупотребу поступка“ и за „злоупотребу у поступку“, односно, злоупотребу појединих процесних института („алата“).

Такође, треба га разликовати од термина „злоупотреба кривичног поступка“ који се користи у земљама *common law* правних система за означавање процесних злоупотреба јавног (државног) тужиоца (Круне) учињених у току кривичног поступка, због којих суд у конкретној ствари може изрећи привремену или трајну обуставу кривичног поступка.⁷¹²

⁷¹² У земљама *common law* система термин „злоупотреба кривичног поступка“ описује околности које постоје приликом гоњења, које су такве природе да би гоњење требало да буде превентивно, а затим и трајно прекинуто од стране надлежног суда.

У случају *Hui Chi Ming* (Аустралија) судија Lord Lowгу описао је злоупотребу кривичног поступка као „... Нешто тако неправедно и погрешно да суд не треба да дозволи тужиоцу да настави са оним што би у свим другим аспектима био уобичајени поступак“.

У случају *R. v. Beckford* судија Lord Justice Neill из Апелационог суда Енглеске и Велса навео је: „Овлашћење за обуставу може да се примени у различитим околностима. Ипак, у изворима могу да се утврде два главна правца: а) случајеви у којима суд закључује да оптужени не може да добије правично суђење; б) случајеви у којима суд закључује да би било неправедно за оптуженог да му се суди“.

У случају *Canadian Union of Public Employees v. City of Toronto and Attorney General of Ontario* судија Arbour J. из Врховног суда Канаде је изјавио: „Судије имају неодвојиво и резидуално дискреционо право да спрече злоупотребу судског поступка. Овај концепт злоупотребе поступка је описан у *common law* као поступак „неправедан до тачке да је у супротности са интересима правде“ (*R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 616), и као „репресивни поступак“ (*R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667). Судија McLachlin J. (што је она тада била) је на овај начин то изразила у *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at p. 1007: „... злоупотреба поступка се може утврдити тамо где су: (1) поступци репресивни или узнемирујући, и, (2) крше основне принципе правде, основно заједничко схватање правичности и пристojности. Концепти репресије и узнемиравања подвлаче интерес оптужених да им се правично суди. Али доктрину такође изазива и јавни интерес за поштен и правичан судски поступак и правилно спровођење правде“.

У случају *R v. Rogers*, судија Вишег суда Аустралије, Mason C. J. изјавио је: „Ове изјаве указују на то да постоје два аспекта злоупотребе поступка: прво, аспект узнемиравања, репресије и неправичности према другој страни у спору и, друго, чињеница да случај који је предмет жалбе може довести до лошег мишљења о спровођењу правде. Ово је навело већину у случају *Walton v. Gardiner* да изјави да би питање да ли кривични поступак треба трајно обуставити требало да буде опредељено тежином поступка који укључује балансирање различитих разматрања ((12) (1993) 177 CLR at 395-396.). Ова разматрања, која одражавају два горе наведена аспекта злоупотребе поступка, укључују ((13) *ibid.* at 396.): „захтеве правичности према оптуженом, легитимни јавни интерес у диспозицији оптужби за озбиљна дела и у осуди оних који су криви за злочин, и у потреби да се одржи поверење јавности у спровођење правде“.

У теорији постоји предлог да се у процесноправној науци појам „злоупотреба процесних права“ замени флексибилнијим и ширим појмом „злоупотреба поступка“, који треба да обухвати не само злоупотребу процесних права *stricto sensu*, већ и радње које се не заснивају на било којем субјективном праву, као и неусаглашености са апсолутним процесним обавезама (дужностима) или њихово неправилно вршење, које све имају исте кључне карактеристике као и злоупотребе процесних права *stricto sensu*.^{713, 714} Другим речима, предлаже се дефинисање „злоупотребе поступка“ као процесног прекршаја, односно, намерне или немарне радње (нечињења) која је објективно усмерена против разумно брзог, економичног и правичног одлучивања о предмету и на доношење неосноване штете правосудном систему и/или другим учесницима у поступку.

2.2. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према субјектима који их врше

Злоупотребе субјективних процесних права у кривичном поступку могу се класификовати према субјектима који их врше.⁷¹⁵ Но, прво треба утврдити који учесници у кривичном поступку могу да учине процесне злоупотребе.

Вид.: S. Lawrence, *The power of a court to stay a prosecution as an abuse of process: judicial enforcement of fundamental values & principles*, „Reasonable Cause“ Criminal CLE Conference, 16 September 2012., доступно на:

http://www.alsnswact.org.au/media/BAhbBlSHOgZmSSlhMjAxMy8wNy8xNS8yMV8wN181MF83NTZfZmlsZQY6BkVU/21_07_50_756_file, приступ 22.2.2014.

⁷¹³ A. Brazdeikis, *Abuse of procedural rights*, Summary of doctoral dissertation, Vilnius University, Vilnius, 2011., 16, електронски извор, доступно на

<http://talpykla.elaba.lt/elaba-fedora/objects/elaba:1738055/datastreams/MAIN/content>, приступ 24.7.2016.

⁷¹⁴ Међутим, ово мишљење засновано је на тези да су злоупотребе субјективних процесних права у судском поступку процесни прекршаји, деликти. Наиме, Aurimas Brazdeikis дефинише злоупотребе процесних права као посебан процесни прекршај који чини учесник у судском поступку када приликом вршења процесног права, намерно или крајњом непажњом, тежећи циљевима који су неспојиви са његовом сврхом, крши границе законитог поступања дефинисане условима примене процесног права, чиме наноси неоправдану штету јавном интересу која се огледа у неефикасности система правосуђа и (или) другим учесницима у предмету. Вид.: A. Brazdeikis, *op.cit.*, 15.

⁷¹⁵ Класификацији процесних злоупотреба према субјектима који их врше посветили смо главу IV другог дела овог рада.

Д. Крапац сматра да злоупотребу права у кривичном поступку могу да учине обе странке, те неки други учесници у поступку (нпр., оштећени).⁷¹⁶ С друге стране, према Б. Павишићу злоупотребу права у кривичном поступку могу учинити сви његови учесници. Према мишљењу аутора, злоупотребе права судије јесу све радње у којима је садржана обмана (процесне клопке, варке и слична поступања). Типичне злоупотребе процесних права јавног тужиоца јесу подношење оптужбе без ваљане основе, наставак кривичног гоњења у случају када нема законских услова, али и одбацивање пријаве или одустајање од кривичног гоњења, манипулисање са покретањем поступка, и т.д. Најбројније злоупотребе процесних права потичу од окривљеног и браниоца. Злоупотребе права ових учесника према свом садржају су или посебан начин вршења или пропуштања радњи у поступку или друга поступања која утичу на поступак. То су, нпр., избегавање рочишта, гомилање предлога, ометање доставе, неосновани захтеви за изузеће предузети због утицаја на ток поступка. Као злоупотребе се могу узети само оне радње које су свесно усмерене на ометање правилног тока поступка. Злоупотреба права није манипулисање окривљеног исказом, тактика одбране, што не значи да то не утиче на ток поступка у смислу његовог одуговлачења.⁷¹⁷

Све, наравно, зависи од тога шта се подразумева под правима, односно овлашћењима у кривичном поступку, те да ли у кривичном поступку постоји разлика између процесних права физичких лица и процесних овлашћења државних органа учесника у кривичном поступку. Већ смо објаснили да, са наше тачке гледишта, у оквиру кривичнопроцесног односа између ових појмова нема разлике. Злоупотребе права могу учинити сви учесници у кривичном поступку. То, најзад, јасно произилази из свих примера наведених у овом раду.

Оправданост за овакву класификацију налази се у чињеници да сваки учесник у поступку има само она права која му је дао процесни закон и остварује их различито, зависно од свог правног статуса и својих интереса у поступку. Последица сваке злоупотребе биће шкођење коју субјект конкретне злоупотребе права наноси или је ишао за тим да нанесе, али према степену утицаја, последица сваке извршене злоупотребе на

⁷¹⁶ „Zloupotrijebiti pravo na poduzimanje procesne radnje mogu obje странке, те неки други судионици (нпр. оштећени) у казненом поступку“, вид.: Davor Крапац, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, V. izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, studeni 2012., 277-278.

⁷¹⁷ B. Pavišić, *Komentar zakona o kaznenom postupku*, Dušević & Kršovnik d.o.o., Rijeka, 2011., 103-104.

ток кривичног поступка ће бити другачија, управо у зависности од статуса лица које је врши.⁷¹⁸

Пре свега, злоупотребе процесних права у кривичном поступку могу се класификовати према субјектима који их врше на: 1) злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране службеника полиције; 2) злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране заступника оптужбе; овде убрајамо: а) јавног тужиоца и његовог заменика; б) приватног тужиоца и његовог пуномоћника, најзад, в) оштећеног, односно оштећеног као тужиоца и његовог пуномоћника, затим; 3) злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране одбране; овде убрајамо окривљеног и његовог браниоца; затим, 4) злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране суда (функционална надлежност, суд првог и другог степена); 5) најзад, злоупотребе процесних права извршене од других учесника у кривичном поступку (сведок, вештак, стручни саветник).

Класификација кривичнопроцесних злоупотреба може се извршити и према својству учесника у поступку. У кривичном поступку могу да се идентификују 1) злоупотребе процесних права извршене од стране службених лица; то су злоупотребе процесних права извршене од стране органа поступка, односно, од стране а) службених лица полиције, затим, б) јавног тужиоца и његовог заменика, најзад, в) злоупотребе процесних права суда. 2) Насупрот службених лица, као извршиоци процесних злоупотреба у кривичном поступку могу се појавити учесници који немају то својство: а) окривљени, б) бранилац, в) приватни тужилац, г) оштећени, д) њихови пуномоћници, њ) сведок, е) вештак, ж) стручни саветник.

Класификација злоупотреба права у кривичном поступку према субјектима који их врше може да се изврши, такође, на оне извршене од стране главних учесника (суд и странке), и оне извршене од стране споредних учесника у поступку (бранилац, оштећени, сведок, вештак, стручни саветник).

Ипак, треба имати у виду да су све ове класификације врло релативне. Питање је оправданости ове поделе с обзиром да се бенефити од извршених злоупотреба процесних права у кривичном поступку увек могу приписати интересима једне од странака. Осим тога, подела зависи и од тога ко се у конкретном кривичнопроцесном систему сматра за

⁷¹⁸ О. И. Даровских, *Класификация злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве*, журнал „Проблемы права“ № 1 (39)/2013., 154.

странку у поступку.⁷¹⁹ Наравно, постоје ситуације у којима је учесник у кривичном поступку учинио процесну радњу злоупотребе, а да орган поступка није могао да га спречи у томе. Нпр., јавни тужилац је учинио злоупотребу непримереном изменом оптужнице поднеском којег је доставио суду ван главног претреса, иако у конкретној фази поступка није имао право да измени оптужбу. Суд овај поднесак јавног тужиоца може само да здружи у предмет, а копију да достави супротној страни на изјашњење. Но, на овом нивоу ова злоупотреба јавног тужиоца постоји у форми покушаја злоупотребе (што не значи да злоупотреба не постоји, да није учињена); да би била свршена процесна злоупотреба неопходна јој је санкција суда у форми прихватања, одобравања.

Тако, оцењујући ову процесну ситуацију, суд је у образложењу пресуде навео:

„Оцењујући ово процесноправно питање на овај начин Суд је схватања да овлашћени тужилац у поступку за понављање кривичног поступка није овлашћен, дакле нема процесно право да измени оптужни акт против окривљеног на његову штету, како у погледу чињеничног стања, тако ни у погледу правне квалификације кривичног дела утврђених ранијом правноснажном пресудом. Ако то и учини, чини злоупотребу процесних овлашћења.

Наиме, не само Суд, већ и остали учесници у кривичном поступку везани су како општим циљем (задатком) кривичног поступка дефинисаним у члану 1 став 1 ЗКП [...] тако и посебним циљевима и задацима, који, када је у питању ванредни правни лек захтев за понављање кривичног поступка, јесте преиспитивање ваљаности раније правноснажне пресуде суђеном у одсуству, али у његову корист. Овај услов – у његову корист – није обавезујући само за Суд, већ и за овлашћеног тужиоца јер представља границу коју је прописао кривичнопроцесни закон за предузимање процесних радњи свих учесника у тој фази кривичног поступка. Преласком ове границе – дакле, вршењем својих процесних овлашћења, односно, предузимањем процесне радње која је на штету окривљеног, јавни тужилац је извршио процесну радњу на коју нема право.

...

Овде, заправо, говоримо о онемогућавању евентуалних злоупотреба субјективних процесних права и процесних овлашћења учесника у кривичном поступку од стране Суда. До злоупотребе процесних права и овлашћења учесника у кривичном поступку долази онда када се та процесна права и овлашћења користе ради остваривања процесних интереса који нису у складу или су противни циљевима (задацима) кривичног

⁷¹⁹ Нпр., у кривичном поступку Руске Федерације оштећени је странка у поступку са свим процесним правима која јој припадају као процесној странки. У кривичном поступку Србије оштећени нема статус странке.

поступка, како општем, тако и посебним. У таквим ситуацијама кривично процесни учесник нема права да предузме кривично процесну радњу (јер на њу није ни овлашћен кривичнопроцесним законом), а ако је и предузме Суд је дужан, у смислу члана 14. став 1. ЗКП, да онемогући злоупотребу права тако што ће је санкционисати неприхватањем, или онемогућити њене процесне последице.

С обзиром да је овај Суд утврдио да ВЈТ [...] у поступку за понављање кривичног поступка није имао права да измени оптужницу из 2009. године на штету окр. В.Ј., на основу које је донета ранија правноснажна пресуда против њега, то није ни ценио приликом одлучивања о главној ствари наводе измењене оптужнице ВЈТ [...] из 2015. године“.⁷²⁰

Дакле, због околности да злоупотребе субјективних процесних права тражења орган поступка треба да санкционише ту злоупотребу одобравањем, практично нема свршене процесне злоупотребе субјективних процесних права тражења странака или других учесника у поступку у којој, свесно или несвесно, не учествује и орган поступка њеним одобравањем.

2.3. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према стадијуму (фази) поступка у којој су извршене

У процесноправној теорији постоји класификација злоупотреба у судском (грађанском⁷²¹ и кривичном⁷²²) поступку према стадијуму поступка у којој су извршене.

У зависности од тога у којој фази кривичног поступка су извршене, злоупотребе субјективних процесних права у кривичном поступку могу да се класификују на: 1) злоупотребе процесних права извршене у предистражном поступку, односно у истрази; 2) злоупотребе процесних права извршене на првостепеном главном претресу, 3) злоупотребе процесних права извршене у поступку по правним лековима (жалбеном и поступку по ванредним правним лековима).

Ова класификација налази своје оправдање у чињеници да се предпретресна, претресна (судска) фаза кривичног поступка и фаза поступка по правним лековима

⁷²⁰ Пресуда Вишег суда у Краљеву 1К. 6/15 од 11.12.2015. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁷²¹ Према овом критеријуму А. В. Юдин дели злоупотребе процесних права у грађанском поступку на оне које се врше пред првостепеним судом, апелационим, касационим и судом надзорне инстанце, затим, при разматрању предмета по новооткривеним околностима и у току поступка извршења судских одлука; злоупотребе процесних права пред судом прве инстанце могу да се додатно поделе на оне које се врше приликом покретања поступка, при припреми предмета за суђење, и на самом суђењу. Вид.: А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005.

⁷²² О. И. Даровских, *Ibid.*

разликују по својим задацима, специфичном поретку вршења процесних радњи, кругу ангажованих субјеката и различитим процесним одлукама које се доносе у свакој од њих. Ове особине одређују и разлике у понашању учесника у кривичном поступку које се може квалификовати као злоупотреба права.⁷²³ Пракса показује да се при разматрању предмета у различитим инстанцама сусрећу злоупотребе које нису карактеристичне за суђења пред судовима прве инстанце. Нпр., у претпретресној фази поступка често се срећу случајеви злоупотребе права од стране полиције и/или јавног тужиоца.⁷²⁴

2.4. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према природи понашања субјеката који их врше (процесне злоупотребе извршене чињењем и злоупотребе извршене пропуштањем)

Постоји класификација злоупотреба процесних права у судском поступку према природи понашања субјеката који их врше, односно степену учешћа субјеката (начину извршења злоупотребе). Према овом критеријуму процесне злоупотребе могу да буду извршене чињењем (активни облик злоупотребе) или нечињењем (пасивни облик злоупотребе).

Злоупотребе процесних права у судском поступку најчешће се врше чињењем (активни облик злоупотребе), када учесник у кривичном поступку злоупотребљава своја права вршењем радњи. Ово због чињенице да субјективно процесно право пре свега даје могућност да се делује активно. Нпр., подношењем неоснованог захтева за изузеће судије председника већа и председника суда, затим тужиоца и његовог заменика који поступа по јавној тужби, све ради одуговлачења кривичног поступка у циљу наступања

⁷²³ Пример који наводи О. И. Даровских: „У случају грађанина М., о коме је одлучивао суд града Чељабинска, суђење је у више наврата одлагано због одсуства браниоца. Сваки пут адвокат је подносио документа која потврђују оправданост његовог одсуства из поступка: здравствено стање или заузетост у другом случају. Са своје стране, окривљени је одбио да замени одсутног браниоца, позивајући се на своје право да има одређеног адвоката. Такви поступци браниоца били су од стране суда квалификовани као злоупотреба права, и о томе је обавештен Савет Адвокатске коморе.“ Сврха таквих поступака, како указује С. Гордеичик, је јасна: услед вишекратних одлагања претреса све је теже обезбедити присуство сведока оптужбе и оштећених. Они могу да забораве детаље догађаја, сведоци очевици могу да промене пребивалиште, могу да буду застрашени или подмићени, и сл“. Вид.: О. И. Даровских, *Ibid.*

⁷²⁴ Пример који наводи О. И. Даровских: „Као пример се може навести одступање полицијских службеника од правила кривичнопроцесног законодавства о притварању осумњичених. Често се фактичко привођење лица осумњиченог да је починило кривично дело, врши у облику административног задржавања или административног хапшења. 22,4% анкетираних испитаника по овом питању, правника и активиста за људска права верују да до незаконитог притварања долази у најмање 30% случајева, 16,7% испитаника су још песимистичнији и сматрају да су при сваком другом задржавању повређена процесна правила“. Вид.: О. И. Даровских, *Ibid.*

апсолутне застарелости кривичног гоњења. Ове злоупотребе често одликује процесна хиперактивност лица.⁷²⁵

Злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене нечињењем (пасивни облик злоупотребе) су ређе. По неким мишљењима, пример за то је нестављање процесних примедби на уочене процесне пропусте суда у току првостепеног поступка, да би се на ово указало тек у жалби на првостепену пресуду као на апсолутно битну повреду одредаба кривичног поступка. Затим, непредлагање битних, кључних доказа у току првостепеног поступка, да би се на њих указало тек у жалби на првостепену пресуду као на непотпуно утврђено чињенично стање. У кривичнопроцесном систему Руске Федерације као пример за пасиван облик злоупотребе процесних права често се наводи одуговлачење од стране окривљеног и његовог браниоца времена за упознавање са материјалима истраге кривичног предмета.⁷²⁶

Наведени примери за процесне злоупотребе нечињењем нису убедљиви. Већ смо навели да, према нашем мишљењу, неистицање примедби на уочене процесне пропусте суда у току првостепеног поступка, да би се на ово указало тек у жалби на првостепену пресуду као на (апсолутно) битну повреду одредаба кривичног поступка – није злоупотреба процесних права одбране (ни оптужбе), јер учесници у кривичном поступку немају ни право ни дужност да скрећу пажњу органу поступка, нити да га поучавају у вези учињених повреда процедуре (управо обрнуто, то је процесна дужност органа поступка). Исто важи и у случају непредлагања доказа у току првостепеног поступка, да би се на њих указало тек у жалби на првостепену пресуду као на непотпуно утврђено чињенично стање. Овакво поступање странке је релативно, јер уколико и јесте пропуштање (нечињење) у првостепеном поступку, представља чињење у жалбеном

⁷²⁵ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 128-132.

⁷²⁶ О. И. Даровских је као пример за ово навела кривични поступак према грађанину С. Након доношења одлуке у кривичном предмету осуђени С. је поднео захтев за потпуно упознавање са материјалима кривичног предмета, због чега је у више наврата транспортован до суда. Укупан обим предмета састојао се од два тома. Када је грађанину С. више пута дата реална могућност да се упозна са материјалима кривичног предмета, С. је почео да пролонгира време упознавања, злоупотребљавајући своја права, односно упознао се са безначајним обимом кривичног предмета, након чега је одустао од даљег упознавања, без оправданог разлога, о чему је сачињен акт о одустајању осуђеног од упознавања са материјалима кривичног предмета. Понашање осуђеног С., одустајање без оправданог разлога од упознавања са материјалима кривичног предмета, омогућило је суду да закључи да је он намерно и јасно одуговлачио са процесом упознавања. Свој закључак судија је формулисао на следећи начин: „... у овом случају, осуђени С. јасно злоупотребљава своја процесна права, предвиђена позитивним законодавством, што доводи до неоправданог одлагања благовременог упућивања кривичног предмета у касациону инстанцу регионалног суда и повређује права других учесника кривичног поступка, због чега треба одбити поднети захтев“. Вид.: О. И. Даровских, *Ibid.*

поступку (подношење жалбе и у оквиру ње предлагање новог доказа), тако да је овде, уствари, дискутабилно када је злоупотреба извршена чињењем,⁷²⁷ а не да ли је извршена чињењем или нечињењем. Ово под условом да је непредлагање доказа у току првостепеног поступка, да би се на њих указало тек у жалби на првостепену пресуду уопште злоупотреба поступка, са чиме се не слажемо, јер другостепени суд није у обавези да уважи и прихвати предлоге нових доказа, већ је подносилац жалбе у обавези да наведе разумно објашњење зашто те доказе није предложио у току првостепеног поступка.

Међутим, ова класификација има свој значај, али не формулисана на наведен начин.

У претходним излагањима навели смо да је кривичнопроцесна радња оно понашање процесног учесника које производи последицу у кривичном поступку (одређену процесну ситуацију), којем кривично процесно право прописује претпоставке, облик и последицу.⁷²⁸ Пропуштање процесне радње (нечињење) релевантно је кад то процесни закон изричито одређује.

Ако се ствари овако поимају, тада заиста можемо да говоримо о процесним злоупотребама извршеним чињењем и процесним злоупотребама учињеним пропуштањем (нечињењем). Права-дужности се у току поступка злоупотребљавају неоснованим пропуштањем дужног чињења.⁷²⁹ Тако, оптужени врши злоупотребу

⁷²⁷ ... у виду злоупотребе непримереним вршењем права на предлагање доказа (идући за тим да суду отежа поступање. Доказ се не предлаже у првостепеном поступку, када га је релативно лако извести, већ у фази поступка када је то проблем, због чега би другостепени суд морао да отвори претрес и изведе доказ...).

⁷²⁸ D. Крпач, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, V. изменjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, studeni 2012., 256.

⁷²⁹ „Међутим, ако је неактивност управе има за последицу повреду или угрожавање субјективних права грађана, тада је такво пасивно држање управе незаконито.

Основ незаконитости лежу у ставу да управа не може да са својим законским овлашћењима диспонира по свом нахођењу. Она и када евентуално има дискреционо овлашћење да „ћути“, то не може да ради ако је то повреда и угрожавање субјективних права грађана. Ту леже корени злоупотребе.

Нико не може да своја законска овлашћења не обавља ако се тиме вређају права грађана. То се пре не може дозволити органима јавне власти, који су позвани не само да остварују, помажу у остваривању и конкретно реализују субјективна права грађана, већ и да та иста права штите. У таквом понашању управе, које значи фактичко одсуство сваког понашања, видимо један нов вид злоупотребе.

...

Злоупотреба у управном поступку јесте коришћење једног овлашћења у неком другом циљу, а не у оном у коме је то овлашћење било дато титулару. Таква радња посматрано споља може бити потпуно коректна, али по свом дејству и по циљу коме титулар тежи треба се сматрати као недопуштена.

Са аспекта управе злоупотреба постоји кад се утврди да се орган није руководио интересима службе, већ неким другим обзирима, који са тим интересима немају никакве непосредне везе. Ради се о изигравању сврхе овлашћења – мана сврхе, јер је управа у вршењу своје надлежности (права и обавеза) скренула са своје праве сврхе и циља (*detourner*). У том смислу, злоупотреба права се појављује као злоупотреба (управне) власти.

Пре свега, постојање злоупотребе не може се узети само за вршење неког права (чињење). Са аспекта субјективних права злоупотреба власти је прекорачење граница субјективног права, које може да се

субјективног процесног права на суђење у присуству неоснованим неприступањем на главни претрес. Суд врши злоупотребу субјективног процесног права на одлучивање недоношењем одлуке о предлогу браниоца да се против окривљеног укине притвор. Јавни тужилац врши злоупотребу субјективног права на извођење доказа недоношењем одлуке да у истрази изведе доказе предложене од стране одбране.

2.5. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према последицама које изазивају (оне којима се узрокује шкођење и оне којима се наноси штета)

О. И. Даровских је предложила класификацију процесних злоупотреба у кривичном поступку према последицама које су произвеле на 1) оне којима се наноси штета и 2) оне којима се штета не наноси, али којима се ишло за тим да нанесу штету. Према овом схватању, наступање штете или могућност њеног настанка је обавезна карактеристика злоупотребе процесних права. Побуде за вршење злоупотреба могу бити различите, па и лични интерес учесника у поступку који жели да добије неку корист при наступању одређених последица (некад је то потреба да се одуговлачи трајање поступка из личних разлога, на пример, како би се дочекало појављивање неопходног лица, решило неко питање, добиле неопходне информације и сл.). Службена лица која су починила злоупотребу права могу да немају лични, већ професионални интерес (мотив) који се састоји у томе да њихов правни став, нпр., о кривици конкретног лица добије потврду. Иследник, убеђен у кривицу окривљеног, одбијајући да удовољи захтеву поднетом од стране окривљеног за извођење одређених истражних радњи, под изговором да су нецелиходне при већ доказаној кривици, злоупотребљава своја права када не жели да компликује ситуацију у предмету истраге, јер као резултат касније спроведених истражних радњи могу да се појаве докази који оповргавају раније изведене.

оствари како чињењем, тј. активним поступањем управе, тако и нечињењем, пасивним држањем управе тј. пропуштањем дужне управне радње.

Злоупотреба је „делање без права“, али и противправно неделање, којим се вређају и угрожавају субјективна права грађана. Дакле, злоупотреба мора да се посматра и у случају да се не врши – пропушта вршење неког права. То је додуше, још теже доказати.

Злоупотреба управне власти јесте такво поступање управе, без обзира да ли се оно манифестује као чињење или нечињење – пропуштање, које у суштинском смислу значи *пропуштање* обзира које захтева „добро веровање“, „морални став“, „социјални циљ власти“, „савесно вршење овлашћења“, „сврхе због које је овлашћење установљено“, при чему је то пропуштање праћено и једним негативним субјективним моментом у виду злонамерног понашања (нечињења) јавне власти или таквог којем је циљ наношење штете.

Према томе, *пропуштање* је иманентно институту злоупотребе власти. Оно је уграђено у онтолошку структуру злоупотребе и чини конститутивни елеменат његовог појма. При чему се то пропуштање у онтолошком смислу може манифестовати као чињење или нечињење – пропуштање“.

Вид.: Predrag Dimitrijević, Zloupotreba vlasti i subjektivna javna prava, *Pravni život, broj 9/1995, Knjiga 418, 789-808.*

Наравно, ако је подношење безбројних захтева од стране оптуженог и његовог браниоца и одлучивање о њима пред судом допринело одлагању суђења, нарушавању плана поступања по предмету, може се говорити о наступању штетних последица. Уколико је дошло до злоупотреба права, али из различитих разлога, укључујући и оне који не зависе од субјекта, нису наступиле штетне последице, иако су могле да наступе, има разлога да се говори о тежњи да се причини штета.⁷³⁰

Класификација злоупотреба у кривичном поступку према последици злоупотреба коју је предложила О. И. Даровских је врло релативна и непрецизна. Пре свега условљена је претходним одређењем да ли се свим злоупотребама процесних права у судском поступку наноси штета и који вид штете, или не. Радња злоупотребе у кривичном поступку не мора обавезно да има за последицу наступање штете, довољно је да се последица испољи и у узнемиравању друге стране и органа поступка. По нашем мишљењу, од ове је прецизнија и одређенија класификација коју смо предложили у тачки 2.10. ове главе (свршене злоупотребе и оне које су остале у покушају).

А. В. Юдин, такође, сматра да је штета обавезна последица злоупотребе процесних права у судском поступку. Аутор је предложио поделу злоупотреба процесних права према последицама на оне које причињавају 1) незнатну (малу), 2) средњу и 3) суштинску (значајну) штету процесно-правним односима. Незнатна штета као последица злоупотребе може да се испољи, нпр., у ометању и/или одлагању суђења. Средња штета као последица злоупотребе права може да се изрази у озбиљном повећању дужине трајања поступка, у великим судским трошковима за неког учесника у поступку. Суштинска (значајна) штета у процесно-правним односима може да буде причињена као последица злоупотребе права која је утицала на доношење незаконите одлуке суда која је извршена.⁷³¹

Наведене поделе, свакако, имају основа у пракси, али нису потпуне. Наиме, битна последица злоупотребе права, уопште, јесте шкођење, као појам шири од појма штете. Процесне злоупотребе ме морају да узрокују штету процесним односима, односно учесницима у поступку. Довољно је да им шкоде. Не улазећи у евентуалну полемику да ли су сви наведени примери – процесне злоупотребе, управо због присуства, односно, одсуства шкођења поступку као последице злоупотребе, наводимо занимљиве, чак бизарне, али врло реалне примере злоупотреба овлашћења судије које наводи Г. Скарсели када каже да судија може да прогласи неприхватљивим неко правно питање,

⁷³⁰ О. И. Даровских, *Ibid.*

⁷³¹ А. В. Юдин, *Ibid.*

не зато што оно то јесте, већ зато што не сноси никакву последицу због пропуштања обавезе да проучи предмет и донесе одлуку о меритуму; може да врати предлог странкама са налогом за појашњење не зато што заиста постоји таква потреба, већ само да би одложио време доношења одлуке, можда у уверењу да може да остави предмет колеги за којег постоји могућност да га замени на месту поступајућег судије; судија може да напише странице и странице пресуде не дајући разлоге о мотивима за то, не зато што је то потребно за ту пресуду, већ зато што је уверен да ће пресуда бити објављена на неком еминентном правном часопису; може да прихвати као доказ саслушање одређеног сведока на претресу, не зато што је његов исказ заиста релевантан за доношење одлуке, већ због медијског ефекта којег ће имати појављивање тог сведока у судници.⁷³²

За наведене процесне злоупотребе суда тешко се може рећи да узрокују штету било којем учеснику, али извесно шкоде интересима поступка. Дакле, наступање штете као резултат злоупотребе права није обавезно.

Зато сматрамо да би процесне злоупотребе у кривичном поступку према последицама требало класификовати на оне којима се (само) узрокује шкођење кривичнопроцесним односима, и оне којима се наноси штета (материјална, нематеријална) учесницима у поступку и самом поступку.

2.6. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према својственој карактеристици (просте и сложене)

У теорији постоји класификација злоупотреба процесних права у судском поступку према својственој карактеристици радње злоупотребе. Њен основ је степен могућности квалификације процесне радње као злоупотребе процесног права.

По овом основу А. В. Юдин дели процесне злоупотребе на 1) просте и 2) сложене. Просте злоупотребе се, по правилу, лако распознају и њихова квалификација не представља тешкоћу. Сложене злоупотребе се споља по мало чему разликују од законитог поступања лица. Њихово откривање захтева промишљену студију материјала предмета, откривање мотива који леже у основи понашања субјекта. Велики број сложених злоупотреба права се карактерише високом латентношћу.^{733, 734}

⁷³² G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, Rivista di Diritto Processuale, Fascicolo N. 6/2012.

⁷³³ А. В. Юдин, *Ibid.*

⁷³⁴ О латентности као карактеристици злоупотребе права уопште говоре Е. Н. Бырдин и Ю. И. Воронина, кажу: „Неки аутори у ред основних одлика злоупотребе права сврставају „утврђивање чињенице злоупотребе од стране органа који примењује право“. Сматра се да такав приступ није баш сасвим оправдан. Извршимо аналогију с прекршајем, под којим се подразумева било која друштвено опасна (штетна), противправна радња деликтно способног лица, независно од тога да ли је дата чињеница

О. И. Даровских према овом критеријуму дели злоупотребе процесних права учесника у кривичном поступку на 1) лако препознатљиве и 2) тешко препознатљиве, односно непрепознатљиве. Злоупотреба процесних права у кривичном поступку је сложен правни феномен. Из тог разлога, сам поступак идентификације злоупотребе у току кривичног поступка је прилично компликован, јер се намере субјекта манифестују само у стварно учињеним радњама, а закључак о извршеној злоупотреби може се извести само на основу анализе његових спољашњих манифестација понашања. У свакој конкретној ситуацији одлука се доноси на основу судијског уверења. Управо због тога неки руски теоретичари сматрају да је немогуће доказати процесне злоупотребе странака, док други говоре о томе да је употреба института злоупотреба процесних права могућа само са великим опрезом.⁷³⁵

Ова класификација је свакако оправдана. Између простих и сложених, са једне стране, и лако и тешко препознатљивих злоупотреба, са друге стране, нема суштинских разлика. Међутим, наука захтева јединствену терминологију за идентичне појмове. Зато предлажемо прихватање поделе на лако и тешко препознатљиве злоупотребе.⁷³⁶

2.7. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према квантитативној карактеристици (једнократне и вишеструке)

У руској процесноправној теорији постоји подела процесних злоупотреба према квантитативној карактеристици. Према овом критеријуму злоупотребе процесних права могу се поделити на 1) једнократне и 2) вишеструке.

Једнократна процесна злоупотреба представља процесну радњу усмерену на вршење једног субјективног кривичнопроцесног права од стране учесника у поступку. Нпр., оптужени је злоупотребио право на суђење у присуству тако што неосновано није приступио пред суд, да би се због његовог одсуствовања суђење одложило.

утврђена од стране компетентног органа или не. У вези са тим, има основа да се говори, на пример, о латентним злоупотребама права“. Вид.: Е. Н. Бырдин, Ю. И. Воронина, *Теоретические основы злоупотребления субъективным правом*, Академический Вестник № 3 (13), Научно-аналитический журнал, серия „Право“, „Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права“, Тюмень 2010., 12-15.

⁷³⁵ О. И. Даровских, *Классификация злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве*, журнал „Проблемы права“ № 1 (39)/2013., 156-157.

⁷³⁶ Прихватање терминологије „просте“ и „сложене“ злоупотребе може да доведе до забуне са класификацијом на „једнократне“ и „вишеструке“ злоупотребе.

Вишеструке процесне злоупотребе се састоје из низа процесних радњи вршења субјективних процесних права, једног или више лица, повезаних јединственом свешћу према радњама злоупотребе. Нпр., више окривљених више пута неосновано није приступило на главне претресе, тако што на једно рочиште за главни претрес није приступило првооптужени, али је приступио на друго рочиште, на које није приступио другооптужени, који је приступио на треће рочиште, на које, опет, није приступио првооптужени, због чега су сва рочишта морала да буду одложена. Психички однос свих оптужених према радњама процесне злоупотребе је исти: свест о томе да у њиховом одсуству рочишта за главни претрес морају да буду одложена, чиме остварују заједнички недозвољени интерес: одуговлачење трајања кривичног поступка; иста је и воља да се таква последица постигне, све у циљу постизања бенефиције наступања застарелости кривичног гоњења. Исти процесноправни ефекат може да постигне оптужени који у току поступка често мења изабраног браниоца, јер је сваком следећем браниоцу потребно време са упознавањем са садржином предмета, на шта одбрана има право.⁷³⁷

У теорији грађанског процесног права као посебна врста вишеструких процесних злоупотреба издвајају се против-злоупотребе (контра-злоупотребе⁷³⁸), које се врше као одговор на злоупотребу процесног права коју је учинио један од учесника у поступку. Нпр., као одговор на подношење суду неоснованог тужбеног захтева, тужени подноси своје неосноване предлоге, или чак неосновану противтужбу, који такође имају незаконит карактер. Против-злоупотребе процесних права имају карактер укупне узајамно зависне процесне злоупотребе једне стране према другој. Понекад ове радње имају карактер „огледала“.⁷³⁹ Нпр., као одговор на предлог странке за саслушање сведока, друга странка почиње и сама да предлаже позивање бескорисних сведока, не са циљем да се добију доказне чињенице, већ само са намером да не заостане у доказним предлозима за својим противником. Профилактика против-злоупотребама процесног

⁷³⁷ Види пресуду Врховног касационог суда Италије: Cass. Pen., Sez. un., 29.09.2011 (dep. 10.01.2012), n. 155/12, тачку 15. образложења под рубрумом „L’abuso del processo”; интегрални текст пресуде је доступан на: <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/S.U.%20Rossi%20DPC.pdf>, приступ 4.6.2016.

⁷³⁸ А. В. Юдин користи управо израз „контра-злоупотребе“ (контр-злоупотребления).

⁷³⁹ У српској судској пракси грађанског процесног права постоји следећи пример за неосновано оптужење: тужилац је поднео тужбу против туженог ради неоснованог (лажног, непостојећег) дуга, у којој је навео да је туженом одређеног дана на одређеном месту позајмио већу суму новца, без признанице, али су догађају присуствовала два сведока, предложио је да суд саслуша ове (лажне) сведоке. На изненађење тужиоца, тужени у одговору на тужбу није оспорио чињеничне наводе тужиоца, али је изјавио да му је позајмљени новац вратио у року доспелости, на истом месту где га је и позајмио, без признанице, за шта је као доказ предложио саслушање три (наравно, лажна) сведока.

права је адекватно понашање суда у односу на страну која је прва злоупотребила право.⁷⁴⁰

Против-злоупотребе су реално могуће и у кривичном поступку. Ова појава карактеристична је, пре свега, за кривичне поступке који се воде по приватној иницијативи, на пример, по приватној кривичној тужби за кривично дело увреда,⁷⁴¹ и узвраћена увреда,⁷⁴² која се утужује противтужбом која може бити поднета до краја главног претреса по тужби.⁷⁴³ У пракси је честа појава да, уколико су наводи приватне кривичне тужбе за увреду делимично или у потпуности неосновани (неистинити), тада је често и кривична противтужба за узвраћену увреду заснована на неистини и неистинитим доказима (лажни сведоци). Међутим, то је често случај и када је тужба за увреду основана, управо из разлога што материјални кривични закон у случају узвраћене увреде прописује могућност ослобођења од казне обе или једне стране.

Против-злоупотребе су могуће и у кривичним поступцима за кривична дела која се гоне по службеној дужности. Тако, у кривичним стварима у којима јавни тужилац доказује кривицу оптуженог посредним доказима (извршено је убиство, постоји снимак камере извршења дела, али је догађај снимљен из даљине, врло нејасно, у ноћним условима; на снимку се види лице обучено у блузу са капуљачом на глави које трчећи према оштећеном пуца из пиштоља у његовом правцу; на основу снимка вештачењем, применом метода математике, може само да се утврди висина извршиоца који је пуцао из пиштоља на убијеног, на основу резултата вештачења оптужени се не може елиминисати, односно, може се узети у обзир као евентуални извршилац дела) постоји тенденција одбране да предлаже извођење доказа који немају никакве везе са предметом оптужбе (предлажу се као сведоци отац, мајка и други његови рођаци да пред судом кажу како оптужени не трчи као извршилац убиства на снимку).

У кривичном поступку посебно су опасне против-злоупотребе у односима окривљеног или његовог браниоца према суду, као што се може утврдити из следећег примера.

⁷⁴⁰ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 128-132.

⁷⁴¹ Члан 170. став 1. Кривичног законика: Ко увреди другог, казниће се новчаном казном...

⁷⁴² Члан 170. став 3. Кривичног законика: Ако је увређени увреду узвратио, суд може обе или једну страну казнити или ослободити од казне.

⁷⁴³ Члан 66. Законика о кривичном поступку: (1) Окривљени против кога је поднета приватна тужба за кривично дело може до завршетка главног претреса и после протекла рока из члана 65. став 2. овог законика (три месеца од дана када је оштећени сазнао за кривично дело и осумњиченог), поднети противтужбу против приватног тужиоца који је према њему истом приликом учинио кривично дело за које се гони по приватној тужби. (2) О приватној тужби и противтужби суд доноси једну одлуку.

„35. У овом предмету се не може порећи да је подносилац представке приликом изношења одбране изговорио прилично заједљиве речи, као што су „Држава жели да нас побију целати у тогама“ или „Фашистичка диктатура (...) хоће сада да ми суди пред Судом државне безбедности“, које догађају дају веома непријатељски смисао. Суд не би желео да умањи значај тврдњи поводом којих се пребацује подносиоцу представке, свдећи их на обичну критику структуре судова државне безбедности. Заиста, подносиоцу представке је сасвим било могуће да оспорава састав или функционисање Суда за државну безбедност, не нападајући лично судије које су у њему заседале. Ту констатацију поткрепљују озбиљност и општи карактер прекора које је подносилац изрекао, као и тон који је том приликом употребио, који могу имати за последицу подривање судског ауторитета, стварајући атмосферу несигурности на уштрб доброг функционисања правде.

36. Из тога произилази да због речи које је изговорио подносилац представке, које су такве природе да могу директно довести у питање достојанство судија, Суд може да прихвати да је домаћи суд сматрао да је потребно да изрекне казну. У том погледу Суд истиче да су врста и тежина изречене казне такође елементи које треба узети у обзир када се ради о одмеравању сразмерности мешања... У овом предмету, Суд за државну безбедност је подносиоцу представке изрекао казну затвора у трајању од шест месеци, то јест максималну казну, предвиђену чланом 23 став 3 Закона бр. 2845, од које је два месеца требало да одлежи у самици. Иако је Суд за државну безбедност одлучио да одложи извршење четири преостала месеца казне, тежина и озбиљност извршене казне, то јест боравак прва два месеца у самици, изгледа несразмерно у поређењу с циљевима који се желе постићи, те је према томе „непотребна у једном демократском друштву“.

37. Дакле, постојала је повреда члана 10 Конвенције⁷⁴⁴.

Уколико је против-злоупотреба од стране суда извршена у току поступка према браниоцу окривљеног, може да изазове „ефекат блокаде“ на начин вршења процесних радњи браниоца предузетих у одбрани оптуженог, што цео кривични поступак може да учини неправичним.

„96. Суд примећује, да су се бранилац подносиоца представке и судије поротног суда сукобљавали око различитих питања током суђења, те да је бранилац осетио потребу

⁷⁴⁴ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Saday v. Turkey*, представка број 32458/96, 30. март 2006. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009., 238-239.

да поднесе захтев за повлачење из поступка, због мешања суда у његово вођење одбране у предмету. Његов захтев је био одбијен, те је наставио да заступа подносиоца.

97. Суд даље примећује, да је након настављања главног претреса, који је прекинут поступком поводом непоштовања суда, г. Кипријану (бранилац окривљеног, прим. прев.) сматрао неопходним да други адвокат заступа подносиоца и захтевао од суда да се повуче из даљег разматрања предмета. Захтев је одбијен с обзиром да је поротни суд био мишљења да нико разуман не би могао закључити да ће суд имати предрасуде према подносиоцу због поступка вођеног поводом непоштовања суда.

98. ... Иако је поступак за непоштовање суда био вођен одвојено од основног кривичног, чињеница да је подносиочев бранилац, када се жалио на начин на који су судије реаговале поводом његовог унакрсног испитивања, увредио судије, свакако су утицале негативно на ток одбране подносиоца.

99. ... Иако се понашање подносиоцевог браниоца може посматрати као непоштовање судија поротног суда, његови коментари су били усмерени и ограничени на начин на који су судије водиле поступак, нарочито у вези са њиховом наводно недовољном пажњом током унакрсног испитивања сведока у контексту одбране подносиоца. С тим у вези, мешање у слободу изражавања браниоца током вођења одбране представља прекршај члана 10 Конвенције. Штавише, Суд сматра да је казна досуђена браниоцу могла имати „ефекат блокаде“ на начин спровођења дужности својствених адвокату који поступа у улози браниоца.

100. Суд сматра да је одбијање захтева г. Кирпијану за повлачењем из поступка због чињенице да се он осетио неспособним да настави даље спровођење одбране подносиоца на делотворан начин, у овим околностима, изашло ван оквира сразмерног одговора, с обзиром на утицај на право подносиоца представке на одбрану. Даље, по мишљењу Суда, одговор поротног суда на неучтивне критике г. Кипријану у вези с начином на који су водили поступак, који је резултовао промптном одлуком о непоштовању суда и осудом на затворску казну, је био такође несразмеран. Суд, даље, сматра да је „ефекат блокаде“ имао утицаја на начин спровођења његових дужности у својству браниоца, доказан његовим инсистирањем, након настављања поступка, да би други адвокат требало да се обрати суду у вези са захтевом за настављањем расправе пред другим већем.

101. У овим околностима, Суд сматра да је поступање поротног суда приликом сукоба с браниоцем подносиоца учинило поступак неправичним. Следи да је постојала повреда члана 6 став 1 у овом погледу⁷⁴⁵.

⁷⁴⁵ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Panovits v. Cyprus*, представка број 4268/04, 11. децембар 2008. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 240-241.

2.8. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране једног или од стране више лица (саизвршилаштво у процесној злоупотреби)

Према саставу (броју) субјеката учесника у кривичном поступку који врше процесну злоупотребу, злоупотребе процесних права у судском поступку могу да буду извршене 1) од стране једног, или 2) од стране више лица (саизвршилаштво у процесној злоупотреби).

Злоупотребе права извршене у оквиру истог кривичног поступка од стране више учесника у поступку могу се сматрати за заједничке злоупотребе онда када злоупотреби процесних права претходи договор тих учесника о вршењу својих процесних права, али у циљу реализације заједничке процесне злоупотребе ради шкођења кривичнопроцесном односу и/или другим учесницима у поступку. Нпр., када се оптужени и браниоци оптужених у истом предмету договоре о предузимању одређених радњи које су засноване на њиховим процесним правима, али су усмерене на одлагање суђења и одуговлачење поступка ради постизања бенефиције застарелости кривичног гоњења.⁷⁴⁶

„Из чињеничног стања које је овај Суд скицирао у наводима образложења овог решења могло би се, пажљивом проценом поступања оптужених који живе у Нишу и њихових бранилаца, закључити, уз узимање у обзир поступања и других оптужених и бранилаца у овој кривичној ствари, да постоји опструкција поступка од стране одбране у циљу одуговлачења поступка ради остварења бенефиције застарелости кривичног гоњења. Непотребно је, опет, рећи, ако је ово истина, какве то последице има за Суд, државу и поверење јавности у правосуђе Србије.

Другостепени Суд скреће пажњу на следеће: забрана злоупотребе права у кривичном поступку прописана је међу основним начелима кривичнопроцесног закона (члан 14. ЗКП). ОЈТ [...] је у праву, реч је о императивној норми („Суд је дужан...“), која се односи на све учеснике у поступку, наиме, у њој није наведено да је реч о злоупотребама права одбране или оптужбе или, рецимо, стручног саветника – ова одредба је општа и односи се на злоупотребе процесних права, односно овлашћења свих учесника у поступку.

Злоупотреба права у кривичном поступку постоји онда када се субјективна процесна права и овлашћења учесника у поступку користе противно намени, сврси, циљу кривичног поступка. Циљ кривичног поступка јасно је дефинисан у чланом 1. став 1. ЗКП. То је разрешење кривичнопроцесног задатка. Мора се приметити да у досадашњем

⁷⁴⁶ О. И. Даровских, *Ibid.*

току поступка ове кривичне ствари првостепени Суд није посветио неку посебну пажњу да овај задатак и оствари.

...

На записнику о главном претресу од 3.6.2015. године констатовано је да је заменик ОЈТ [...] изјавио: „... да сматра да се у овом поступку Суд креће у зачараном кругу, што је узроковано понашањем првенствено окривљених који се не одазивају на главни претрес, из разлога што на сваком од главних претреса неко од окривљених не долази и поред тога што је упозорен од стране суда на последице недоласка. Осим тога, сматра да процесну недисциплину испољавају поједини браниоци ...“.

...

У поновном поступку првостепени Суд ће правилно сагледати све околности ове кривичне ствари, поуздано утврдити чињенице од којих зависи да ли ће против окривљених бити одређен притвор, а затим донети правилну и на закону засновану одлуку.

При том, првостепени Суд ће утврдити: да ли *поједини окривљени и њихови браниоци, у садејству, злоупотребљавају своја процесна права неоправданим (у другу сврху, а не у циљу законитог и правичног окончања овог поступка) неодазивањем на позиве Суда и тиме очигледно избегавају приступ на главни претрес* (курзив М.Д.), што јесте разлог, санкција, коју прописује члан 211. став 1. тачка 1. ЗКП, за одређивање притвора према окривљенима⁷⁴⁷.

Сматрамо да након ове основне класификације, злоупотребе процесних права извршене од стране више учесника у поступку могу да се, даље, подкласификују на следеће начине.

А) на процесне злоупотребе 1) извршене од више субјеката у саизвршилаштву (*саизвршилаштво у злоупотреби*), када више лица, на основу договора чине процесну злоупотребу као заједничку, и 2) извршене од више субјеката у саучесништву (*саучесништво у злоупотреби*); овај вид процесне злоупотребе може да се испољи као а) подстрекавање на злоупотребу (на пример, када бранилац поучи оптуженог да не приступи на заказано рочиште за главни претрес, а да као оправдање за неприступање достави суду поднесак у којем ће навести да је био спречен због наводне болести детета, а све да би он, бранилац, могао да у истом термину приступи на друго суђење; међутим, ово подстрекавање може да учини и адвокат који уопште није ангажован у конкретном

⁷⁴⁷ Решење Вишег суда у Краљеву Кж. 63/16 од 12.2.2016. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

поступку).⁷⁴⁸ Код подстрекавања на злоупотребу подстрекач ствара код учесника у поступку свест о злоупотреби, коју овај претходно није имао, и б) помагање у злоупотреби, при чему помагач треба да буде свестан да својим чињењем помаже учеснику у поступку у вршењу процесне злоупотребе, нпр., када лице запослено у здравству изда оптуженом извештај неистините садржине о његовом здравственом стању, којим ће оптужени да оправда пред органом поступка неприступање на главни претрес, а у извештају је наведено да се издаје ради правдања одсуства са суђења.

Свесни смо да у подкласификацији користимо термине кривичног материјалног права (карактеристичне за форме кривичног дела учињеног од стране више лица). При том, такође, наглашава се чињеница да процесна злоупотреба није кривично дело. Међутим, све карактеристике саизвршилаштва, подстрекавања и помагања у извршењу кривичног дела могу се, аналогно, утврдити и у радњама извршења процесних злоупотреба, те ова подквалификација има основа у реалности.

Као што се види из примера, и подстрекач на злоупотребу и помагач у злоупотреби могу бити и лица ван поступка. Значај подкласификације је у томе што се злоупотреба може приписати и подстрекачу и помагачу. У неким случајевима (као у случају који смо навели као пример) помагање у злоупотреби може да буде кривично дело (фалсификовање исправе⁷⁴⁹), те процесна злоупотреба индицира да је, при њеном извршењу, извршено и кривично дело које се гони по службеној дужности.

Значај „помагања у злоупотреби“, по нашем мишљењу, јесте у томе како се у конкретном случају посматрају повреде субјективне процесне дужности извршене од стране разних учесника у поступку. Наиме, сматрамо, уколико су испуњени услови за то, да их треба посматрати као радње помагања у злоупотреби, а не као повреде процесне дужности, јер су учињене у циљу помагања у злоупотреби, у циљу помагања да се

⁷⁴⁸ Сличну процесну ситуацију разматра Дамир Кос у свом чланку, каже: „Kako odredba čl. 421. st. 2. toč. 1. Zakona o kaznenom postupku [Hrvatske] određuje obavezu predsjedniku raspravnog vijeća da odbije dokazne prijedloge „za koje su странке znale do potvrđivanja optužnice ... ali iz bez opravdanog razloga nisu predložile“, lako je pretpostaviti da neodgovoran branitelj „kupujući sebi vrijeme“ ne odazove se pozivu za sjednicu optužnog vijeća, *sugerirajući takav postupak i okrivljeniku koji ga je opunomoćio* (kurziv M.D.), a sve s ciljem ostvarenja teze da ove dokaze nisu predložili jer je za to postojao opravdani razlog, tj. sjednica optužnog vijeća je održana u njihovoj odsutnosti. Na takav način prividno se otvara prostor odgađanja fokusa raspravljavanja postoji li alibi okrivljenika kojim se misli braniti (kada se samo kazneno djelo kao objektivni događaj ne osporava) odnosno postoji li svijest i volja kod okrivljenik kao nužan element krivnje kao preduvjet za utvrđenje njegove kaznene odgovornosti“. Vid.: D. Kos, *Odgovorna obrana okrivljenika u kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu br 2/2009., 573-582.

⁷⁴⁹ Члан 355. Кривичног законика: Ко направи лажну или преиначи праву исправу у намери да се таква исправа употреби као права или ко лажну или преиначену исправу употреби као праву или је набави ради употребе, казниће се... (став 1). Ако је дело из става 1. овог члана учињено у погледу јавне исправе, тестамена, менице, чека, јавне или службене књиге или друге књиге која се мора водити на основу закона, учинилац ће се казнити... (став 2).

оствари *недозвољени интерес извршиоца злоупотребе*, а не као нечињење по процесној дужности. Нпр., између више оптужених и њихових бранилаца постојао је договор о опструисању поступка, по овом договору на једно рочиште за главни претрес није приступио први оптужени, па је суђење из тог разлога одложено, на следеће рочиште дошао је првооптужени, али није дошао другооптужени, па је суђење поново одложено из тог разлога; на треће рочиште, из разлога да избегавање оптужених да дођу на суђење *не буде очигледно* (што је основ, могућност да против њих буде одређен притвор⁷⁵⁰) приступила су оба оптужена, али, по договору, није приступио један од њихових бранилаца, наводно, због заузетости у другом поступку, а стварно, реално, да би се спречило уверење тужиоца и суда да је реч о очигледној процесној злоупотреби од стране оптужених, те је суђење поново одложено; на следеће рочиште за главни претрес приступила су оба браниоца, али није приступио првооптужени, и тако унедоглед, док не наступи застарелост кривичног гоњења.

Ево како то изгледа у пракси. Контроле рада судова и судија у српском правосуђу обављају се редовно два пута годишње (у пролеће и у јесен), од стране судија непосредно вишег суда, по наредби председника суда. Приликом контроле рада Основног суда у Краљеву и судија тог суда у кривичној материји, од стране вишег суда утврђено је, између осталог, следеће.

„[Предмет] К. 657/10, кривица опт. Ј.К. због кривичног дела из члана 204. КЗ, по оптужници ОПЈТ у Краљеву Кт. 344/08 од 8.1.2009. године. Предмет је припао у рад судији З.Г. Следе одложени главни претреси од 1.4.2009., од 28.4.2009, од 28.5.2009. (у свим случајевима [на суђење] није дошао бранилац оптуженог). Главни претрес од 2.9.2009. је одржан. Следе одложени главни претреси од 13.10.2009. и 11.11.2009. (у оба случаја на претрес није дошао бранилац оптуженог). Предмет је припао у рад судији С.Ј. Претрес од 19.1.2010. је одржан. Следе одложени главни претреси од 25.3.2010, од 7.6.2010 (у оба случаја на претрес није дошао бранилац оптуженог), од 28.9.2010. (судија је спречена да поступа). Претреси од 21.12.2010. и 24.3.2011. су одржани. Следе одложени главни претреси од 7.6.2011 (оптужени се није јавио вештаку неуропсихијатру), од 7.6.2012. (оптужени је болестан), од 16.9.2011. (није дошао бранилац оптуженог, болестан је), од 1.11.2011. (нису дошли оптужени и његов бранилац, мајка оптуженог је болесна). Предмет је преузела у рад судија В.М. Следе одложени главни претреси од 3.2.2012. (није дошао бранилац адв. С.Н., ангажован је на претресу

⁷⁵⁰ Члан 211. став 1. тачка 1. Законика о кривичном поступку.

пред другим судом), од 15.5.2012. (није дошао оптужени, болестан му је отац). Претрес од 3.10.2012. је одржан. Претрес од 2.11.2012. није одржан (нису дошли бранилац оптуженог и сведок). Претрес од 19.2.2013. је одржан. Следе одложени главни претреси од 10.4.2013. (на претрес није дошао бранилац, уредно је позван), од 13.11.2013. (није дошао оптужени), од 14.3.2014. (није дошао оптужени, није доведен). Наредбом председника суда од 6.5.2014. поступајућем судији је наложено да предмет хитно пресуди, најкасније до 15.11.2014. Главни претрес од 30.5.2014. није одржан (нису дошли оптужени и бранилац, оптужени није доведен). Решењем ванпретресног већа Кв. 364/14 од 11.6.2014. против оптуженог је одређен притвор, издата је наредба за издавање потернице. Основни јавни тужилац у Краљеву је поднеском Кт. 344/08 од 18.8.2014. предложио суђење у одсуству. Ванпретресно веће је решењем Кв. 559/14 од 21.8.2014. одлучило да се оптуженом суди у одсуству. Главни претреси од 17.9.2014. и 1.10.2014. су одложени јер су адвокати у Србији обуставили рад. Предмет је заказан за 6.11.2014. године.

Запажања [судије који је обавио контролу]: толерисање од стране суда неоправданог неприступања на главни претрес учесника у поступку чије је присуство на претресу обавезно; неоправдано толерисање од стране суда поступања одбране (окривљеног, бранилаца) очигледно усмерених на одуговлачење поступка⁷⁵¹.

Неосновано неприступање браниоца на главни претрес, иако је, иначе (*in abstracto*), кршење процесне дужности, *in concreto* је процесна радња (пропуштање од значаја за кривични поступак) помагања оптуженима у процесној злоупотреби, јер је свесно и вољно учињена ради доприноса остваривању недопуштеног процесног интереса оптуженог (одуговлачења поступка).

Сличне радње помагања у процесној злоупотреби, осим браниоца, могу да изврше и други учесници у кривичном поступку (вештак, стручни сарадник, сведок). Парадоксално, у својству помагача у процесној злоупотреби могу да се појаве и службеници државних органа (суда, тужилаштва, полиције), уколико је вршење субјективног процесног права које се злоупотребљава од стране лица условљено њиховим поступањем.

„[Предмет] К. 304/10, окривљени С.Х., кривично дело из члана 289 став 1 КЗ, саобраћајна незгода се догодила 20.1.2009. године, апсолутна застара наступа 20.1.2015.

⁷⁵¹ Извод из извештаја Вишег суда у Краљеву I Су 5/14-12 од 24.10.2014. године о контроли кривичног одељења Основног суда у Краљеву и Основног суда у Рашки у октобру 2014. године, стр. 19-20. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

године. Оптужни предлог је поднет 19.2.2009. године пред Општинским судом у Рашки, поступајући судија је Р.Р. Благовремено је заказан главни претрес за 23.3.2009. године, није одржан због недоласка окривљеног, одложен на неодређено време. Нови главни претрес заказан за 26.5.2009. године, опет није приступио окривљени, нема доказа да је уредно позван. Наредни главни претрес није заказан, затражен је извештај од ПУ [Полицијске управе] Нови Пазар, где се налази окривљени, али у списима предмета не постоји допис ПУ Нови Пазар... Наредни главни претрес је заказан за 27.10.2009. године, у записнику је наведено да су оштећени и окривљени упућени јавном тужиоцу у складу са чланом 236. став 6. тадашњег ЗКП. Од 1.1.2010. године по предмету поступа Основни суд у Краљеву. У предмету се не поступа до 4.3.2010., када је донета наредба поступајућег судије К.Д. о заказивању главног претреса за 12.5.2010. године. Овај претрес није одржан јер окривљени није уредно позван. Наредни главни претреси од 25.8.2010. године, 8.11.2010. године, 25.1.2011. године, 18.4.2011. године, 7.7.2011. године *нису одржани јер ПУ Нови Пазар није поступила по наредби за принудно довођење окр. С.Х.*, о томе шаље извештаје који се налазе у списима предмета. Наредни главни претрес одређен је за 20.9.2011. године, није одржан јер окр. С.Х. није приведен, ПУ из Новог Пазара није обавестила суд зашто... Наредни главни претрес је заказан за 16.1.2012. године, окривљени С.Х. је дошао, али жели да ангажује браниоца, па је главни претрес одложен за 4.4.2012. године. На главни претрес заказан за 4.4.2012. године окривљени није дошао иако је уредно позван, па је наредни заказан за 28.8.2012. године, *достављена је наредба ПУ Нови Пазар за принудно довођење окривљеног, али окривљени није приведен, нити је ПУ Нови Пазар обавестила суд из којих разлога није поступљено по наредби. Ни наредни главни претрес одређен за 23.11.2012. године није одржан, јер окривљени није приведен, нити је ПУ Нови Пазар обавестила суд зашто није поступљено по наредби, главни претрес је одложен за 27.2.2013. године, али није одржан јер окривљени није приведен, нити је ПУ Нови Пазар обавестила суд зашто се не поступа по наредби* (курзив: М.Д.), на овај главни претрес дошао је ангажовани бранилац који је казао да се окривљени налази у Окружном затвору у Новом Пазару. Главни претрес је одложен за 27.5.2013. године, упућен је допис Вишем суду у Новом Пазару да поступајући судија у предмету Ки. 129/12 да сагласност да окр. С.Х. буде спроведен у Основни суд у Краљеву, допис је достављен Вишем суду у Новом Пазару 14.3.2013. године. *Виши суд у Новом Пазару није дао сагласност за спровођење окривљеног на главни претрес дана 27.5.2013. године, па окр. С.Х. није спроведен из Окружног затвора у Новом Пазару у Основни суд у Краљеву* (курзив: М.Д.). Наредни главни претрес је одређен за 20.9.2013. године, поново је затражена сагласност од Вишег суда у Новом Пазару. Окружни затвор у Новом Пазару обавестио је Основни суд 28.8.2013. године да је окр. С.Х. укинута притвор 26.6.2013. године. На главни претрес заказан за 20.9.2013. године дошла су сва позвана лица, али је

главни претрес одложен због обуке судија поводом примене новог ЗКП. Нови претрес је заказан за 13.2.2014. године. ... Главни претрес заказан за 13.2.2014. године није одржан, поступајући судија је С.С., али се не види разлог зашто се не држи главни претрес, мада постоји наредба поступајућег судије да се главни претрес заказује за 28.2.2014. године, који није одржан јер окривљени није уредно позван, из истог разлога није одржан ни главни претрес заказан за 11.3.2014. године, па је нови одређен за 24.3.2014. године, издата је наредба за принудно довођење окривљеног на овај претрес. Окривљени је приведен, али на овај главни претрес није позван бранилац, иако је већ постојало пуномоћје у списима предмета, а што је пропуст суда, па је нови главни претрес заказан за 13.5.2014. године. Већ је на почетку извештаја за овај предмет напоменуто да апсолутна застара наступа 20.1.2015. године. *Од тада почињу процесне злоупотребе, јер је окривљени на овом претресу тражио да му се списи доставе на босанском језику (курзив: М.Д.).* Наредни главни претрес је заказан за 26.5.2014. године, присутни су окривљени и један бранилац, и не види се разлог зашто главни претрес није одржан, наредни је одређен за 9.6.2014. године, на том претресу је окривљени поново инсистирао на преводу списка на босански језик. Главни претрес је одложен за 27.6.2014. године. Како окривљени не спори да разуме српски језик, то је требало применити члан 11. став 3. ЗКП и одржати главни претрес. Претрес заказан за 27.6.2014. године није одржан због штрајка адвоката, на наредни од 16.7.2014. године окривљени није дошао, за наредни главни претрес од 31.7.2014. године окривљеном је послат позив (уместо да се ПУ Нови Пазар пошаље наредба за његово принудно довођење, јер је очигледно да окривљени избегава да се одазове позиву суда). По наредби за принудно довођење за главни претрес од 3.9.2014. године ПУ Нови Пазар није поступио, па је поступајући судија дана 4.9.2014. године предложио ванпретресном већу да се против окривљеног одреди притвор. Одлука Кв већа донета је тек 23.9.2014. године. Требало је да Кв веће донесе одлуку о притвору знатно раније, имајући у виду блиску застару.

Запажања [судије који је обавио контролу]: непоступање полиције по наредбама суда за довођење окривљеног; пасивно држање заступника јавне тужбе у току поступка. У предмету треба поступати што хитније⁷⁵².

Б) Следећа подела је на процесне злоупотребе извршене од више субјеката 1) који сви имају исти кривичнопроцесни статус (на пример, извршене од стране више оптужених), и 2) који имају различите кривичнопроцесне статусе (мешовите) (на пример,

⁷⁵² Извод из извештаја Вишег суда у Краљеву I Су 5/14-12 од 24.10.2014. године о контроли кривичног одељења Основног суда у Краљеву и Основног суда у Рашки у октобру 2014. године, стр. 26-27. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

када злоупотребу врше на основу заједничког договора оптужени и бранилац, или оптужени и вештак).

Значај ове подкласификације је у квалификацији кривичнопроцесних злоупотреба. Процесне радње злоупотребе извршене од учесника у кривичном поступку који имају исти процесни статус много је једноставније и лакше квалификовати као процесне злоупотребе, него процесне злоупотребе извршене од стране више лица која имају различите кривичнопроцесне статусе.

В) Следећа подела на процесне злоупотребе извршене од више субјеката је на оне 1) у којима су радње извршења свих извршилаца злоупотребе по садржини исте, односно, усмерене у истом правцу (на пример, више оптужених је постигло договор да неприступањем на рочишта за претресе проузрокују одуговлачење поступка ради остваривања бенефиције застарелости кривичног поступка и добијања пресуде којом се оптужба одбија; све радње извршења ове злоупотребе, сваког од оптужених, су исте: неприступање на главни претрес, јер су свесни да, да би суд одржао главни претрес, на њему морају да буду присутни сви они и њихови браниоци), и 2) у којима радње извршења извршилаца злоупотребе нису исте, односно, усмерене су у различитим правцима, супротне су (ситуација у којој се оптужени, који су кривично дело извршили као саизвршиоци, унапред договоре о својим лажним одбранама, те један од њих прихвати кривично дело искључиво као своје, да би саоптуженима помогао у избегавању кривице, и такве одбране дају пред органом поступка; овде су радње извршења злоупотребе само на први поглед исте: све радње извршења злоупотребе се састоје у давање одбрана оптужених, међутим, оне су лажне и супротне по садржини, јер један од оптужених изјављује неистину тврдећи да јесте сам извршио дело, док остали оптужени изјављују неистину тврдећи да нису извршили дело).⁷⁵³

Значај и ове подкласификације је, опет, у квалификацији кривичнопроцесних злоупотреба. Процесне радње злоупотребе извршене од више субјеката које су по садржини исте, усмерене у истом правцу једноставније је и лакше квалификовати као процесне злоупотребе, него злоупотребе извршене од стране више лица које немају исту садржину и нису усмерене у истом правцу.

⁷⁵³ Типичан пример за процесну злоупотребу извршену у парничном поступку од више субјеката чије су радње вршења злоупотребе усмерене у различитим правцима је ситуација у којој тужени признаје тужиоцу право својине на имовини како би осујетио основана потраживања трећих лица (поверилаца).

Међутим, уколико је ово учињено у Србији у току извршног судског поступка, тада то више није само злоупотреба процесног права, већ кривично дело оштећење туђих права из члана 220. став 2. Кривичног законика: ... казниће се и ко у намери да осујети измирење повериоца у току принудног извршења отуђи, уништи, оштети или сакрије делове своје имовине и тиме оштети повериоца.

2.9. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку с обзиром на то која се последица хтела постићи злоупотребом

Према А. В. Юдину, све злоупотребе субјективних процесних права по циљу који следи субјект могу да се поделе на: 1) вршење права искључиво са намером да се другом причини штета, суду и/или учесницима у поступку (тзв. процесна шикана), и 2) злоупотребе права у учињене у другом циљу. Ове друге представљају вршење процесних права прелажењем законом установљених граница у циљу добијања било какве користи и предности, при чему чињење штете није једини циљ субјекта, или без намере да се причини штета.⁷⁵⁴

Наше мишљење је да се, пре свега, мора уочити један општи недозвољени циљ којим се руководи извршилац било које (сваке) кривичнопроцесне злоупотребе ради постизања последице злоупотребе која се огледа у *шкођењу кривичном поступку*. Процесна злоупотреба је незаконитост (материјална незаконитост радње вршења субјективног процесног права), као таква, учињена и прихваћена у поступку, чини цео поступак незаконитим.

Посебни недозвољени циљеви кривичнопроцесних злоупотреба, којима се руководио извршилац злоупотребе, могли би се класификовати на оне којима се ишло на а) преусмеравање поступка,⁷⁵⁵ б) шиканирање других учесника у кривичном поступку,⁷⁵⁶ в) одуговлачење поступка,⁷⁵⁷ г) одстрањивање (елиминисање) одређеног процесног учесника из поступка,⁷⁵⁸ д) постизање имовинске користи учесника у поступку,⁷⁵⁹ и д) постизање других недозвољених циљева кривичнопроцесних злоупотреба.

Међутим, свесни смо да је ово врло груба класификација, релативног карактера. Наиме, претходним набрајањем навели смо само најчешће циљеве извршилаца кривичнопроцесних злоупотреба уочене у пракси.

⁷⁵⁴ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербург. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербург. гос. ун-та, 2005., 94. електронски извор, доступно на: <http://saratov-pravo.narod.ru/Judin.htm>, приступ 18.11.2014.

⁷⁵⁵ Види други део, глава IV, наслов „4.1. „Преусмеравајуће“ злоупотребе кривичног суда (злоупотреба права на преношење месне надлежности)“.

⁷⁵⁶ О процесној шикани смо говорили у другом делу, глава II, под насловом „2.1. Злоупотреба шиканозним вршењем кривичнопроцесних права“.

⁷⁵⁷ О кривичнопроцесним злоупотребама којима се узрокује одуговлачење поступка види други део, глава IV, наслов „3. Злоупотребе процесних права одбране у кривичном поступку“.

⁷⁵⁸ О кривичнопроцесним злоупотребама којима је циљ елиминисање другог учесника у поступку види други део, глава IV, наслов „3. Злоупотребе процесних права одбране у кривичном поступку“.

⁷⁵⁹ Види други део, глава II, наслов „2.5. Злоупотреба противциљним вршењем кривичнопроцесних права“ (бранилац предлаже да се на претрес позову већ саслушани сведоци само да би одложио претрес и стекао могућност да наплати одбрану на следећем рочишту за главни претрес, бранилац изјављује жалбу само из разлога да би могао да је наплати од клијента или суда).

2.10. Свршене и злоупотребе процесних права у кривичном поступку које су остале у покушају

Сматрамо да је целисходна класификација процесних злоупотреба с обзиром на фазу извршења злоупотребе. По овом основу процесне злоупотребе могу се поделити на: 1) свршене злоупотребе субјективних процесних права, и 2) процесне злоупотребе које су остале у покушају.

Ова класификација извршена је по угледу на институте материје кривичног права (свршено и кривично дело у покушају). Ипак, она илуструје меру у којој је злоупотреба права блиска деликту, као забрањеној радњи. Значај класификације јесте у чињеници да постоје фазе злоупотребе. И код злоупотребе, као и код кривичног дела, постоје фазе извршења злоупотребе, незаконитости (планирање, припремне радње, покушај, свршена злоупотреба). Ако прихватимо да код процесне злоупотребе постоји подстрекавање и помагање, свакако мора да постоји и планирање, припремање, покушај, најзад, свршена процесна злоупотреба.

Вршење субјективних процесних *права тражења* зависи од санкционисања суда. Уколико их суд санкционише одбијањем, злоупотребе субјективних процесних права тражења остају нереализоване, у покушају. То, ипак, не значи да нису извршене. Уколико их суд (несвесно или свесно) санкционише прихватањем, оне су успеле, свршене. Нпр., одбрана је предложила суду да се на претрес позову и у својству сведока саслушају одређена лица, али не да би се из исказа сведока утврдиле чињенице од значаја за разрешење конкретне кривичне ствари, већ ради тога да поступак продужи извођењем небитних доказа. Уколико суд прихвати овај предлог, злоупотреба је успела, свршена. Уколико суд не прихвати овај предлог одбране, злоупотреба је остала у покушају.

Злоупотребе доказних радњи извршених у истрази свршене су у време прибављања доказа (незаконити докази). Међутим, прихватање и извођење оваквих доказа на суђењу, опет, зависи од воље, нахођења суда.

Вршење *потестативних субјективних процесних права* (суда, органа поступка) зависи искључиво од воље титулара права, тако да злоупотребе таквих субјективних права немају фазу покушаја. Увек су учињене, свршене у време вршења субјективног процесног права. Тако, суд врши злоупотребу несразмерним вршењем права на одређивање притвора против оптуженог онда када против њега одреди притвор, иако се исти процесни ефекат, односно интерес (обезбеђење присуства окривљеног у поступку) могао остварити и одређивањем блаже мере (полагањем јемства које је и понуђено од

стране одбране). Злоупотреба је учињена самим доношењем одлуке о одређивању притвора. Накнадна одлука о укидању решења о одређивању притвора не утиче на постојање злоупотребе.

Једноставан пример за обе ове врсте процесних злоупотреба у кривичном поступку је, рецимо, подношење неосноване кривичне пријаве, дакле, за кривично дело које није учињено, против судије председника судећег већа од стране оптуженог, односно његовог браниоца, у циљу да се тај судија елиминише са функције председника већа које суди конкретну кривичну ствар.

Уколико судија, револтиран незаконитом, неоснованом радњом оптуженог и/или његовог браниоца, затражи из овог разлога од председника суда да га изузме од поступања у конкретној кривичној ствари, и председник суда о овом захтеву одлучи позитивно, са злоупотребом се успело. Уколико председник суда по овом захтеву донесе негативну одлуку, те уколико надлежни јавни тужилац одбаци кривичну пријаву као неосновану, а подносилац пријаве не преузме гоњење, дакле, уколико судија настави да у тој кривичној ствари поступа као председник судећег већа, ова злоупотреба је остала у покушају у односу на елиминисање судије председника већа који суди конкретну кривичну ствар.⁷⁶⁰

3. Друге класификације кривичнопроцесних злоупотреба

Може се говорити и о другим класификацијама злоупотреба процесних права у судском поступку. Можемо им придодати епитет спорних и/или класификација мањег значаја. Наиме, питање је колико су одређене, односно, значајне за феномен који је предмет изучавања.

С друге стране, неке од њих су релевантне, али су њихови основи још увек недовољно дефинисани од стране теорије, или, једноставно, спорни у правној науци.

3.1. Злоупотребе уставних права у кривичном поступку и права дефинисаних у кривичнопроцесном закону

У руској литератури постоји класификација злоупотреба процесних права у зависности од тога која права злоупотребљавају учесници у судском поступку на 1) злоупотребе уставних права и 2) злоупотребе права дефинисаних у процесном закону.

⁷⁶⁰ Али не и у односу на одуговлачење као последицу злоупотребе процесних права у кривичном поступку, јер све ове процесне радње (одлука председника суда о неоснованом захтеву за изузеће, разматрање јавног тужиоца о основаности кривичне пријаве и одлука о њој, одлука о њој) захтевају време, а временски период потребан за доношење ових одлука продужава трајање кривичног поступка).

Класификација је прихваћена и од стране теорије кривичнопроцесног права. Сматра се да је адекватна, јер се при свакој квалификацији злоупотребе процесног права мора претходно утврдити која права има учесник у поступку, где су та права предвиђена и у чему се састоје, а тек потом разматрати облик или врста злоупотребе.⁷⁶¹

Међутим, истовремено се истиче и то да је значај ове класификације миноран. Наиме, сва кривичнопроцесна права прописана у Уставу прописана су, конкретизована и прецизирана у гранском (секторском) законодавству, те је у поступку њиховог вршења и злоупотребе мало битно да ли се то чини са аспекта уставних или кривичнопроцесних права.

3.2. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према објекту којем се наноси штета извршењем злоупотребе

У теорији постоји класификација злоупотреба процесних права у судском поступку према објекту којем се наноси штета извршењем злоупотребе,⁷⁶² односно, према објекту у чије интересе задире учесник судског поступка злоупотребљавајући своја процесна права.⁷⁶³

Према овом критеријуму процесне злоупотребе се могу поделити на 1) оне којима се наноси штета, односно повређују интереси правосуђа⁷⁶⁴ (основни, примарни објекат повреде), јер свака злоупотреба процесних права угрожава или доприноси нарушавању нормалног тока поступка, без обзира на то ко злоупотребљава право, на који начин и са којим циљем, односно из којег интереса, и 2) оне којима се наноси штета, односно, повређују интереси правосуђа и других учесника у судском поступку (допунски, факултативни објекат повреде), наиме, злоупотребе процесних права у свим случајевима утичу на интересе других учесника у кривичном поступку, али се не могу искључити

⁷⁶¹ О. И. Даровских, *Класификација злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве*, журнал „Проблемы права“ № 1 (39)/2013.

⁷⁶² А. В. Юдин, полемишући о злоупотребама процесних права у грађанском судском поступку, сагледава ову класификацију са аспекта објекта којем се наноси штета злоупотребом. Вид.: А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005.

⁷⁶³ О. И. Даровских, пак, ову класификацију злоупотреба процесних права посматра са аспекта интереса учесника у кривичном поступку који је повређен злоупотребом. Вид.: О. И. Даровских, *Класификация злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве*, журнал „Проблемы права“ № 1 (39)/2013., 155-156.

⁷⁶⁴ Класификацију је предложио А. В. Юдин као применљиву у грађанском поступку, а прихватила ју је О. И. Даровских као применљиву на кривични поступак. Оба аутора користе управо израз „интересы правосудия“.

ситуације у којима радње, квалификоване као злоупотребе субјективних процесних права не нарушавају права других учесника у поступку.

Наводи се да је ова класификација применљива и на кривични поступак. Свака радња злоупотребе процесних права у кривичном поступку примарно повређује нормалан ток истраге и одлучивања у кривичном предмету и наноси штету систему правосуђа, без обзира на то ко та права злоупотребљава, на који начин, са каквим циљем, и којег је интензитета ова повреда, тако да злоупотребе кривичнопроцесних права увек погађају интересе правосуђа као система (институционалног, економског, вредносног).

Са друге стране, могуће су злоупотребе процесних права у кривичном поступку којима се, иако наносе очигледну штету суду у виду доношења неадекватне судске одлуке, не причињава штета другим учесницима у поступку. О. И. Даровских као примере за овакве злоупотребе наводи две процесне ситуације: 1) када оштећени својим непрописним понашањем наведе лице, које ће касније стећи статус оптуженог, на незаконите радње, и због тога у фази истраге и у судском поступку, желећи да сакрије своју незавидну улогу у инциденту, не тежи разјашњењу свих околности случаја и мирно се односи према свим инсинуацијама од стране окривљеног; 2) када је оштећени у току или ван поступка добио адекватну материјалну надокнаду од стране оптуженог и након тога почео да активно подржава позицију оптуженог, при чему све злоупотребе процесних права учињене од стране одбране више не сматра злонамерним радњама. Овакви изузеци омогућавају да се говори о томе да злоупотреба права може да утиче и само на интересе правде.⁷⁶⁵

Сматрамо да је ова класификација злоупотреба процесних права у кривичном поступку врло релативна и непрецизна. Пре свега, она се не може применити на кривичне поступке за кривична дела која се гоне по приватној кривичној тужби. Тачно је да најчешће када се приватни тужилац и окривљени договоре о накнади штете причињене извршењем кривичног дела, тужилац одустаје од гоњења, а кривични поступак бива обустављен. У таквим ситуацијама тешко је говорити о било каквој злоупотреби процесних права и/или штети причињеној њоме.

Када је реч о кривичним делима која се гоне по службеној дужности, потребно је претходно утврдити шта се подразумева под појмом „правосуђе“: да ли је то једна од три основне гране државне делатности (поред законодавне и управне), која се састоји у примењивању општих правних правила (норми) на конкретне случајеве путем решавања

⁷⁶⁵ О. И. Даровских, *Ibid.*

спорова од стране судова (правосуђе у ужем смислу), или се под овим појмом подразумевају, поред активности судова, и функције других органа у вези са применом права: јавног тужилаштва, адвокатуре, јавног правобранилаштва (правосуђе у ширем смислу).⁷⁶⁶

У свим кривичним поступцима у којима се гоњење предузима од стране јавног тужиоца, злоупотребе процесних права усмерене на измену позиције оштећеног у поступку наносе штету процесним интересима јавног тужиоца и суда. Типичан пример за ово пред српским кривичним судовима су поступци за кривично дело насиље у породици,⁷⁶⁷ у којима је оштећено лице члан породице окривљеног. Након извршења кривичног дела, док је ствар актуелна, оштећени у току истраге даје исказ у којем реално, истинито износи случај. Када кривична ствар дође у фазу суђења, услед притисака од стране оптуженог, његовог браниоца, или других чланова породице (рецимо, зато што је рад оптуженог једини извор прихода породице, а изгубиће посао због казне затвора на коју може да буде осуђен) оштећени (у највећем броју случајева то је жена), као сведок који је ослобођен дужности сведочења⁷⁶⁸ користи своје процесно право да не сведочи и на главном претресу изјављује да не жели да сведочи, чиме лишава јавног тужиоца често јединог доказа о кривици оптуженог, јер његов исказ прибављен у истрази, зато што је тзв. привилеговани сведок, не може да се прочита на главном претресу са записника из истраге.⁷⁶⁹ У свим таквим случајевима јавни тужилац, редовно, одустаје од кривичног гоњења против окривљеног, а и ако то не учини, суд доноси ослобађајућу пресуду јер нема доказа да је оптужени извршио дело за које је оптужен. На тај начин причињава се штета јавном тужиоцу и суду, јер је кривични поступак осујећен, није остварен задатак кривичног поступка. Стварна штета узрокована овом злоупотребом погађа државу (буџет) манифестује се у плаћању раније оптуженом лицу трошкова кривичног поступка и накнаде за неосновано лишење слободе, за изгубљену зараду, и сл.

По нашем мишљењу делотворнија је и конкретнија класификација процесних злоупотреба према последицама које производе: на оне којима се узрокује шкођење

⁷⁶⁶ *Pravna enciklopedija*, Други том, Savremena administracija, Beograd, 1989., 1250-1251.

⁷⁶⁷ Члан 194. став 1. Кривичног законика: Ко применом насиља, претњом да ће напасти на живот или тело, дрским или безобзирним понашањем угрожава спокојство, телесни интегритет или душевно стање члана своје породице, казниће се затвором од три месеца до три године.

⁷⁶⁸ Члан 94. став 1. тачка 1. Законика о кривичном поступку: Од дужности сведочења ослобођено је лице са којим окривљени живи у браку, ванбрачној или другој трајној заједници живота.

⁷⁶⁹ Члан 406. став 2. Законика о кривичном поступку: Записници о ранијем испитивању лица која су ослобођена дужности сведочења (члан 94. став 1.) не смеју се извести [на главном претресу у њих се не може извршити увид, председник већа не може укратко изнети њихову садржину, не могу се прочитати] ако та лица нису уопште позвана на главни претрес или су на главном претресу изјавила да неће да сведоче.

процесним односима, и оне којима се наноси и штета учесницима у поступку и самом поступку (предложили смо је у тачки 2.5. ове главе).

3.3. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према степену утицаја на исход поступка (које утичу и које не утичу на исход поступка)

А. В. Юдин је предложио класификацију злоупотреба процесних права у судском (грађанском) поступку према критеријуму степена утицаја злоупотребе на исход поступка.

По овом основу све процесне злоупотребе се дела на 1) оне које утичу и 2) оне које не утичу на исход поступка. Наиме, према мишљењу аутора, не доводи свака злоупотреба процесног права (као ни сваки кривичнопроцесни деликт) до доношења незаконите одлуке, али то није оправдање за постојање злоупотребе, за коју мора да наступи одговорност у општој процедури.⁷⁷⁰

Оваква класификација је могућа и применљива и на кривични поступак. Међутим, она се суштински не разликује много од поделе злоупотреба процесних права према последицама на оне које причињавају малу, средњу и суштинску (значајну) штету процесноправним односима, те се основано поставља питање њене оправданости.

3.4. Системске и несистемске злоупотребе процесних права у кривичном поступку

Т. В. Трубникова прави разлику на системске и не-системске кривичнопроцесне злоупотребе. Чини се да је ова класификација прихваћена од стране појединих руских процесуалиста.⁷⁷¹

Аутор полази од тезе да закон о кривичном поступку треба и мора да садржи опште одређење кривичнопроцесне злоупотребе, са дефинисањем њене основе, услова и поступка за примену права, могућих ограничења права и услова њиховог коришћења, што је, опет немогуће учинити за све облике злоупотреба процесних права. Зато сматра да, са ове тачке гледишта, треба правити разлику свих могућих облика злоупотреба права на системске и не-системске.⁷⁷²

⁷⁷⁰ А. В. Юдин, *Ibid.*

⁷⁷¹ О. И. Андреева, О. В. Желева, А. А. Рукавишникова, Т. В. Трубникова, *Право на возвращение уголовного дела судом апелляционной инстанции в суд первой инстанции: возможность злоупотребления полномочиями*, Всероссийский криминологический журнал. 2016. Т. 10, № 3., 554–567.

⁷⁷² Т. В. Трубникова, *Злоупотребление правом в уголовном процессе: критерии и пределы вмешательства со стороны государства*, Вестник Томского государственного университета. Право. 2015. №3 (17)., 65-78.

Системске злоупотребе процесних права јесу оне које настају као резултат недостатака закона о кривичном поступку (нпр., недостатак ограничења права или механизма за његово спровођење, ако су неопходни, или превише широко поље слободне диспозиције службених лица). Ефикасни начини за супротстављање системским облицима злоупотребе права треба да буде: 1) увођење измена закона о кривичном поступку у циљу изградње ефикасне равнотеже између права различитих учесника у поступку, механизма регулације њиховог вршења (ако је потребно), јасно дефинисање случајева и граница ограничења права, ограничавање превише широког поља слободе нахођења службених лица учесника у поступку, успостављање у закону критеријума према којима службена лица морају доносити одлуке у оквиру свог нахођења; 2) побољшање праксе примене права (укључујући коришћење административних мера, успостављање ефикасног судског преиспитивања).

Не-системске злоупотребе права јесу оне чије вршење не може да се отклони побољшањем закона о кривичном поступку. Дакле, немогуће је у закону прописати максималан број захтева или поднесака, број жалби против поступака (неактивност) службеног лица, јер то би значило фактичко лишавање ових права. Међутим, вршење права на улагање захтева, поднесака, жалби може такође бити злоупотреба права. Чини се да су границе државне интервенције у случају злоупотребе ове врсте веома ограничене, јер право учесника у поступку на судску заштиту не треба да трпи због ове интервенције. Многоструко поновљање поднесака или захтева не може да искључи обавезу државних органа и службених лица да размотре садржај и ваљаност таквих захтева и донесу образложену одлуку о њима. Чини се, дакле, да држава мора да покаже одређену толеранцију за такве могуће злоупотребе права, да их третира као неку врсту трошкова поступка (мада злоупотреба права ствара препреке у спровођењу правде, али те препреке нису претеране, ометају напредак поступка, али га не прекидају). У случају када су не-системске злоупотребе права такве да потпуно онемогућују да се поступак спроведе, према лицу које чини такве злоупотребе могу се применити мере принуде (нпр., уклањање учесника из суднице за одређени период) или иницирати примена мера дисциплинске одговорност (против адвоката).

Другим речима, аутор предлаже оно што и ми откривамо: са аспекта законодавца кривичнопроцесне злоупотребе се сузбијају превенирањем, изменама у циљу побољшања закона о кривичном поступку, њиховом метаморфозом у процесне деликте.

Међутим, постоје кривичнопроцесне злоупотребе које се не могу искоренити побољшањем процесног закона.

Са друге стране, десиће се, савакако, да су могуће кривичнопроцесне злоупотребе и на основу норми побољшаног, новелираног процесног закона.

Без обзира на то да ли је треба прихватити као валидну или не, значај ове класификације, по нашем мишљењу, јесте у парадоксалној спознаји да се злоупотреба процесних права у кривичном поступку не може потпуно сузбити, те да је сваки (конкретни) кривични поступак оптерећен одређеним, мањим или већим, квантумом процесних злоупотреба.

Кривичнопроцесне злоупотребе су „жива ствар“, појава која је у сталном кретању, еволуцији.

Глава IV

ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРОЦЕСНИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ ПРЕМА СУБЈЕКТУ ИЗВРШЕЊА

Као и друге злоупотребе права, тако и кривичнопроцесне злоупотребе не постоје *in abstracto*, генерално, већ само *in concreto*. Није их могуће прописати апстрактном нормом, као право, или као прекршај. Процесна злоупотреба је околност конкретне процесно-правне ствари, конкретног поступка.

Као и друге злоупотребе права, и злоупотребе кривичнопроцесних права постоје само у својим облицима (видовима). У претходним поглављима смо објаснили на који начин може да се испољи радња кривичнопроцесне злоупотребе, односно, који су, по нашем мишљењу, облици (видови) кривичнопроцесних злоупотреба. Процесна

злоупотреба је изузетно иступање титулара права из садржине субјективног процесног права.

Међутим, проблем настаје када изузетно постане свакодневно поступање. У пракси кривичних судова континенталних процесних система могу се констатовати процесне злоупотребе извршене од стране различитих учесника у кривичном поступку.

Злоупотребе процесних права у кривичном поступку могу да се класификују према субјектима који их врше. Прво, то су службена лица у кривичном поступку, која би требало да обухвате полицију, јавног тужиоца, суд. Друго, то су учесници кривичног поступка, окривљени, бранилац, оштећени, његов пуномоћник, приватни тужилац. Треће, то могу да буду други учесници кривичног поступка као што су преводилац, сведок, вештак, стручни саветник. Оваква класификација је у потпуности оправдана, јер сваки учесник у поступку има само она права која му је дао закон и остварује их различито, зависно од свог правног статуса и својих или интереса другог лица учесника у поступку.⁷⁷³

Чињеница је да одређене процесне злоупотребе не може да изврши било који учесник у поступку. Процесне злоупотребе субјективног права на оптужење може да изврши само тужилац. Осумњичени (оптужени), односно његова одбрана, опет, врше другачије процесне злоупотребе, најчешће оне усмерене на одуговлачење кривичног поступка.

У овој фази истраживања изложићемо, са аспекта субјектата извршења злоупотребе, случајеве из судске праксе европских судова у којима је изричито утврђено да су учесници у кривичном поступку извршили процесну злоупотребу, као и одлуке Европског суда за људска права у којима су описане процесне ситуације у кривичном поступку којима су, очигледно, претходиле процесне злоупотребе. Најзад, дозволићемо себи да одређене процесне ситуације у конкретним кривичним поступцима квалификујемо као процесне злоупотребе.

1. Злоупотребе процесних права полиције у кривичном поступку

⁷⁷³ О. И. Даровских, *Класификација злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве*, журнал „Проблемы права“ № 1 (39)/2013, 153-158.

Када говоримо о злоупотребама процесних права од стране службеника полиције у кривичном поступку, реч је о процесним радњама које, правилно фиксиране, могу да буду докази у кривичном поступку.

Претресање стана и других просторија или лица може се предузети ако је вероватно да ће се претресањем пронаћи окривљени, трагови кривичног дела или предмети важни за поступак. Претресање стана и других просторија или лица се предузима на основу наредбе суда или изузетно без наредбе, на основу законског овлашћења.⁷⁷⁴ О сваком претресању ће се сачинити записник.⁷⁷⁵

Међутим, у одређеним, специфичним кривичним стварима чији су предмет тешка кривична дела против живота и тела може се приметити одсуство доказа да је претресање обављено, иако би, по природи ствари, морао да постоји. У таквим случајевима реч је о злоупотреби полиције ускраћивањем окривљеном (одбрани) доказа који иду у прилог окривљеном.

Тако, у предмету кривице оптуженог С.Т. због кривичног дела тешко убиство службеника полиције у покушају из члана 114 став 1 тачка 6 у вези члана 30 Кривичног законика (КЗ) поступајући суд је уочио одсуство у списима предмета записника полиције о претресању стана, иако би се из свих околности дало закључити да је у конкретном случају морало да буде извршено претресање стана оптуженог. Наиме, униформисани полицијски службеник је затекао непознато лице да краде гориво из паркираних аутомобила, гонио га је да га лиши слободе, извршилац је бежећи неколико пута пуцао из пиштоља и ранио полицајца, затим је побегао. Убрзо након тога полиција је лишила слободе осумњиченог С.Т. у његовом стану. С.Т. је оптужен за покушај убиства полицајца. У току суђења суд је затражио од јавног тужиоца обавештење да ли је у конкретној кривичној ствари обављено претресање стана оптуженог. Поступајући јавни тужилац је изјавио да нема сазнања о томе.

У конкретном случају реч је о противциљној злоупотреби права пропуштањем (нечињењем) од стране полиције необјављивањем, ускраћивањем одбрани доказа који иде у прилог оптуженом, што је уочио и суд у образложењу пресуде којом је решио ову кривичну ствар у првом степену.

Суд је навео: „... Суд је уочио да ову кривичну ствар карактерише потпуно одсуство било каквих сумњивих ствари које су, да је опт. С.Т. извршилац дела која су му

⁷⁷⁴ Члан 152. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку Републике Србије.

⁷⁷⁵ Члан 157. став 4. Законика о кривичном поступку Републике Србије.

стављена на терет, евентуално могле, односно требало да буду нађене у његовом стану или његовој околини. Истина, у списима предмета се не налази записник [полиције] о претресању стана и других просторија опт. С.Т., међутим, то не значи да претрес није обављен, наиме, немогуће је да је опт. С.Т. лишен слободе у свом стану (види исказ сведока М.М.), а да од стране полиције није извршено претресање стана у потрази за предметима употребљеним у извршењу дела, или прибављеним извршењем дела; дакле, претресање стана опт. С.Т. је извршено, али у њему нису пронађени пиштољ којим је пуцано на ошт. Ц.К., пиштољска муниција, контејнери са горивом, а за очекивати је да ове ствари буду нађене у његовом стану уколико је он крадљивац горива, односно пуцао на ошт. Ц.К.“.⁷⁷⁶

Злоупотреба процесних овлашћења полиције необјављивањем доказа који су у корист одбране актуелна је посебно у англо-америчким кривичнопроцесним системима, односно у система у којима кривичну истрагу води полиција.

Пример за злоупотребу неморалним вршењем процесног права на претресање лица од стране полиције налазимо у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Wieser v. Austria*. Суд је навео следеће.

„40. У овом случају, Суд најпре запажа да подносиоцу представке није једноставно наређено да се свуче, већ су му одећу скинули полицијски службеници док се налазио у посебно беспомоћној ситуацији. Ако би занемарили даљу тврдњу подносиоца представке да је том приликом имао повез преко очију, што домаћи судови нису утврдили, Суд закључује да тај поступак представља тако инвазивну и потенцијално понижавајућу меру да није требало да буде примењена без убедљивог разлога. Међутим, није изнет ниједан аргумент који би показао да је претресање лица са свлачењем било нужно и оправдано из безбедносних разлога. Суд у том смислу запажа да је подносилац представке, којем су већ биле стављене лисице, био претресен због оружја, а не због дроге или других мањих предмета који се не би могли открити претресањем без потпуног свлачења.

41. Имајући у виду наведено, Суд сматра да у конкретним околностима овог случаја претресање са свлачењем подносиоца представке током полицијске интервенције

⁷⁷⁶ Пресуда Окружног суда у Краљеву К. 135/08 од 19.11.2009. године. Извор: архива Окружног суда у Краљеву.

у његовом дому представља неоправдано поступање такве тежине да се може окарактерисати као „понижавајуће“ у смислу члана 3 Конвенције⁷⁷⁷.

Полиција, дакле, врши злоупотребу неморалним вршењем процесног права када доказе у кривичном поступку (увиђај, претрес лица, одбрана окривљеног) прибавља на начин којим се повређује људско достојанство, који је понижавајући по друго лице, употребом физичког и психичког насиља према лицу. Докази прибављени на овакав начин, злоупотребом, нису докази на којима може да се заснује судска одлука.⁷⁷⁸

Ако је потребно да се утврди да ли сведок препознаје одређено лице или предмет, односно њихове особине које је описао, показате му се то лице или предмет заједно са другим њему непознатим лицима или предметима чије су основне особине сличне онима какве је описао. *Препознавање лица* у предистражном поступку и у истрази ће се обавити тако да лице које је предмет препознавања не може да види сведока, нити сведок може да види то лице пре него што приступи препознавању. Након тога ће се од сведока затражити да изјави да ли лице или предмет може да препозна са сигурношћу или са одређеним степеном вероватноће и да, у случају потврдног одговора, на препознато лице или предмет укаже. Ако лице или предмет није доступан, сведоку се може показати фотографија тог лица или предмета заједно са другим фотографијама њему непознатих лица или предмета чије су основне особине сличне онима какве је описао. У предистражном поступку и истрази, препознавање лица се обавља у присуству јавног тужиоца.⁷⁷⁹

Препознавање лица у предистражном поступку обавља полиција. Јавни тужилац, како је наведено, само присуствује овој процесној радњи. Полиција одабира лица која ће бити препознавана заједно са осумњиченим. У таквој ситуацији дешава се да се на „линији“ на којој стоје лица која се препознају појаве лица чије су основне особине сличне онима какве је сведок претходно описао, али се очигледно разликују од осумњиченог, нпр. осумњичени је Србин, а четворица лица поред њега су Роми, или обратно.

Ово је пример шиканозне кривичнопроцесне злоупотребе полиције. Ову процесну злоупотребу је релативно лако доказати и квалификовати као такву јер је, редовно,

⁷⁷⁷ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Wieser v. Austria*, представка бр. 2293/03, 22. фебруар 2007. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009., 46.

⁷⁷⁸ Члан 16. Законика о кривичном поступку.

⁷⁷⁹ Члан 100. у вези члана 90. Законика о кривичном поступку Републике Србије.

саставни део записника о препознавању фото-документација сачињене у току вршења ове процесне радње.

Пример злоупотребе непримерним (време вршења) и несразмерним (повреда права на приватност) вршењем процесног права од стране полиције описан је у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Kucera v. Slovakia*. Суд је навео следеће.

„119. Суд сматра да се, узимајући у обзир број укључених полицајаца, те чињеницу да су четворица припадала јединици за специјалне интервенције, отворено носили аутоматско оружје и били маскирани, те примећујући да су дошли пред стан подносиоца представке у зору, може разумно закључити да подносилац није имао другог избора осим да им допусти да уђу у стан. Под овим околностима, тешко је прихватити да је било какав пристанак подносиоца био слободан и вољан. Стога, постојало је кршење права на поштовање дома...

120. Суд, у овим околностима, закључује да се мешање у вршење овог права мора сматрати несразмерним из следећих разлога:

121. Конкретно ... полиција је дошла испред стана подносиоца како би њему и његовој супрузи уручила судски налог и спровела их на саслушање код истражитеља. Нису постојали никакви наговештаји да је за испуњење овог задатка било неопходно да полиција уђе у стан... У овим околностима, спорне мере се морају сматрати несразмерним.

122. Штавише, ризик од злоупотребе овлашћења и нарушавање људског достојанства је био присутан у ситуацији која се појавила у овом предмету када се, као што је већ напоменуто, подносилац представке суочио с групом специјално обучених маскираних полицајаца испред врата свог стана, рано ујутро. Суд је мишљења да је требало да постоје заштитне мере како би се избегла било каква злоупотреба у оваквим околностима као и обезбедила делотворна заштита права лица, у складу с чланом 8 Конвенције. Такве заштитне мере би могле укључивати усвајање контролних одредаба које би ограничиле употребу специјалних снага на ситуације у којима се обична полицијска интервенција не може сматрати безбедном и довољном и прописале процесне гаранције које би осигурале, на пример, присуство непристрасне особе током акције, или прибављање јасног, писменог пристанка власника, као предуслова за улазак у његове или њене просторије. Суд примећује да су одређене гаранције такве сврхе прописане Законом о полицији из 1993. године ... Међутим, ове гаранције нису успеле да спрече настанак околности које су предмет представке у овом случају.

123. У светлу већ поменутих разматрања, Суд није уверен да је поменута акција била у складу с правом на поштовање дома подносиоца⁷⁸⁰.

2. Злоупотребе процесних права оптужбе у кривичном поступку

2.1. Злоупотребе процесних права јавног тужиоца у кривичном поступку

Процесне злоупотребе јавног тужиоца у кривичном поступку претежно су везане за оптужење, односно измену оптужбе.

У излагањима о видовима кривичнопроцесних злоупотреба навели смо примере злоупотребе шиканозним вршењем процесног права на оптужење од стране јавног тужиоца, у ситуацијама када је извршено кривично дело, а јавни тужилац након спроведене истраге оптужбом свесно, ради добијања процесних користи (заснивања надлежности вишег, строжег суда, одређивања притвора против окривљеног), чињеничним описом и правном квалификацијом стави окривљеном на терет теже кривично дело него што је оно учињено у стварности. Овај вид и модалитет кривичнопроцесне злоупотребе јавног тужиоца запажен је у теорији.^{781, 782}

Нажалост, ову процесну злоупотребу је тешко, готово немогуће доказати и квалификовати је као такву из бројних разлога, пре свега због околности да је контрола оптужбе од стране суда често површна⁷⁸³ (наиме, због хроничног помањкања судијског кадра, у састав суда који одлучује о контроли оптужбе, тзв. ванпретресно веће, често не улазе само судије кривичне, већ и судије других материја).

Кривични законик Србије познаје институт продуженог кривичног дела, које чини више истих или истоврсних кривичних дела учињених у временској повезаности од стране истог учиниоца која представљају целину због постојања најмање две од следећих околности: истоветности оштећеног, истоврсности предмета дела, коришћења

⁷⁸⁰ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Kucera v. Slovakia*, представка број 48666/99, 17. јул 2007. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 109.

⁷⁸¹ P. Mozetič, *Zloraba procesnih pravic v kazenskem postopku*, Zbornik znanstvenih razprav, Letnik LXVI (2006), 145-172.

⁷⁸² L. Lanzillo, *Le statistiche sulle cause di inefficienza del sistema giudiziario ed i rimedi all'eccessiva durata del processo penale*, elektronski izvor, dostupno na http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_penale_e_procedura_penale/1_Lanzillo_statistiche_inefficienza_sistema_giudiziario.html, pristup 10.7.2014.

⁷⁸³ „Горња дискусија описује структуру доказа у адверзалном моделу кривичног поступка. У словеначком поступку је структура доказивања другачија. Судска контрола оптужнице није строга, што је последица очекивања да ће чињенично стање коначно утврдити суд на главном претресу у складу са начелом материјалне истине. На тај начин је системски омогућено да тужиоци улажу мање припремљене и утемељене оптужне акте“. P. Mozetič, *Ibid.*

исте ситуације или истог трајног односа, јединства места или простора извршења дела или јединственог умишљаја учиниоца.⁷⁸⁴ Учиниоца који изврши више радњи извршења која испуњавају услове за постојање продуженог кривичног дела учинио је *једно кривично дело*. Продужено кривично дело је вид привидног реалног стицаја, законска конструкција материјалног права која погодује извршиоцу, јер се уместо изрицања више кривичних санкција за свако кривично дело које улази у састав продуженог, те изрицања јединствене кривичне санкције применом одредби за кривична дела учињена у стицају, изриче само једна кривична санкција.

Јавни тужилац је поднео 17.1.2012. суду оптужни предлог КТ. 1504/11 од 21.12.2011. године којим је оптужио окривљеног В.Г. за извршење продуженог кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 1. у вези члана 61. Кривичног законика (КЗ). У току овог поступка, дана 18.7.2013. године јавни тужилац је поднео против окр. В.Г. истом суду нови оптужни предлог, КТ. 2442/12 од 17.7.2013., којим га је оптужио за извршење продуженог кривичног дела превара из члана 208. став 1. у вези члана 61. КЗ. Овај оптужни предлог је у суду првобитно заведен као посебан, нов предмет (поступак) и додељен у рад другом судији, али су касније кривични поступци који су вођени поводом ова два оптужна предлога спојени ради вођења јединственог поступка који је окончан пресудом К. 18/16 од 1.9.2016. године којом је В.Г. оглашен кривим због продуженог кривичног дела превара из члана 208. став 1. у вези члана 61. КЗ и осуђен на казну затвора у трајању од шест месеци. Међутим, у току трајања поступка К. 18/16 јавни тужилац је дана 21.5.2015. поднео истом суду, хронолошки гледано, трећи оптужни предлог, КТО. 87/15 од 16.4.2015. године, којим је оптужио В.Г., опет, за извршење продуженог кривичног дела превара из члана 208. став 1. у вези члана 61. КЗ. Овај оптужни предлог је, опет, заведен под новим бројем и додељен на поступање новом судији, кривични поступак вођен по њему окончан је пресудом К. 233/15 од 7.10.2016. године којом је В.Г., опет, оглашен кривим због продуженог кривичног дела превара из члана 208. став 1. у вези члана 61. КЗ и осуђен на казну затвора у трајању од шест месеци. У време док су пред судом симултано текла два одвојна кривична поступка против В.Г. због два продужена кривична дела превара из члана 208. став 1. КЗ, јавни тужилац је 28.7.2015. поднео истом суду против В.Г. четврти оптужни предлог, КТО. 184/15 од 24.7.2015. године, опет због продуженог кривичног дела превара из члана 208. став 1. КЗ. Као у претходном случају, и овај оптужни предлог је у суду заведен под новим бројем и додељен у рад, опет, другом судији. Поступак је окончан је пресудом К. 322/15 од

⁷⁸⁴ Члан 61. став 1. Кривичног законика.

11.12.2015. године којом је В.Г. оглашен кривим због продуженог кривичног дела превара из члана 208. став 1. у вези члана 61. КЗ, изречена му је условна осуда и новчана казна.⁷⁸⁵

Све радње извршења преваре, за које је В.Г. оптужен са четири оптужна акта од стране истог јавног тужиоца и оглашен кривим у три пресуде истог суда, извршене су на исти начин од почетка до краја 2010. године. Све су испуњавале законске услове за конструисање *једног* продуженог кривичног дела. Међутим, нису све откривене у исто време. И уместо да јавни тужилац, као што је полиција њему достављала *допуне кривичне пријаве* против В.Г., у већ постојећем кривичном поступку (К. 18/16) прошири оптужни акт⁷⁸⁶ на новооткривене радње извршења једног (истог) продуженог кривичног дела (што је суд морао да прихвати, јер се радило о *једном кривичном делу*), он је након сваке допуне кривичне пријаве подизао против В.Г. нову оптужбу и тако успео да против њега пред истим судом, али пред троје судија, *води три различита кривична поступка за једно кривично дело, те да добије три осуђујуће пресуде.*

Куриозитет је чињеница да је у свим наведеним поступцима против В.Г. испред јавног тужилаштва поступао *исти заменик тужиоца* са деценијским искуством на том месту, тако да је искључено непостојање свести, односно груби немар тужиоца у односу на процесну ситуацију у коју је својим поступањем довео В.Г.

Ово је флагрантан пример злоупотребе непримереним вршењем процесног права на оптужење од стране јавног тужиоца, али и злоупотребе (целог) кривичног поступка непотребним поступцима (избор више поступака да би се постигао циљ који је могао да буде постигнут једним поступком).⁷⁸⁷

Према ставу Уставног суда Републике Словеније изнетом у предмету U-1-289/95 јавни тужилац врши злоупотребу непримереним вршењем права на измену оптужнице када у конкретном случају суштински измени оптужбу непосредно пред крај главног претреса, иако је то могао да учини раније, када је то мање тегобно за окривљеног и његово право на одбрану.⁷⁸⁸

Из праксе српских кривичних судова бележимо још драстичније случајеве. Рецимо, када је јавни тужилац свесно чињеничним наводима оптужнице ставио на терет

⁷⁸⁵ Види предмете Основног суда у Краљеву К. 18/16, К. 233/15 и К. 322/15. Извор: архива Основног суда у Краљеву.

⁷⁸⁶ Члан 410. Законика о кривичном поступку.

⁷⁸⁷ Вид. други део, глава III, наслов „2.1. Злоупотреба кривичног поступка и злоупотребе процесних права у кривичном поступку“.

⁷⁸⁸ Р. Mozetič, *Ibid.*

оптуженом делу које по закону није кривично дело, али га је правно квалификовао као конкретно кривично дело.

Тако, јавни тужилац је оптужницом ставио на терет Ј.Ћ. кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 4. у вези става 3. и 1 Кривичног законика (КЗ). Према наводима оптужнице Ј.Ћ. је кривично дело извршила тако што је у току 2004. године у Београду, као директор предузећа „БЦД“, искоришћавањем свог службеног положаја и прекорачењем граница свог службеног овлашћења прибавила другом противправну имовинску корист, тако што је са В.Ј., власником и директором предузећа „Јекнић – Параћин“ и „ЈВ – Комерц“ Параћин, у циљу измиривања потраживања које је предузеће „БЦД“ дуговало предузећу „Авис“ из Београда по основу испорученог брашна у количини од 895,84 тоне, постигла договор о међусобној компензацији робе, па је по том договору предузеће „Јекнић – Параћин“ продало одређену количину робе предузећу „БЦД“ за износ од 29.491.731,00 динара (наведени су врста робе и рачуни), а предузеће „ЈВ – Комерц“ Параћин је продало предузећу „БЦД“ одређену робу у вредности од 12.204.003,00 динара (наведени су врста робе и рачуни), па је по основу компензације опт. Ј.Ћ. сачинила документацију по којој је предузеће „БЦД“ продало предузећу „Јекнић – Параћин“ одређену робу у вредности од 4.952.940,00 динара (наведени су врста робе и рачуни), након чега је предузеће „БЦД“ у циљу намиривања потраживања за испоручено брашно продало предузећу „Авис“ одређену количину робе за износ од 18.190.810,20 динара (наведени су врста робе и рачуни), те је у циљу међусобног затварања потраживања предузеће „Авис“ овако купљену робу продало пекари „1. мај“ АД Рашка за укупан износ од 16.551.224,20 динара (наведени су врста робе и рачуни), иако предузећа „Јекнић – Параћин“ и „ЈВ – Комерц“ Параћин у току 2004. године уопште нису пословала, нити су имала промет преко својих жиро рачуна, нити је роба преузета у предузећима „БЦД“ и „Авис“.

Међутим, јавни тужилац је оптужницу против Ј.Ћ. подигао након што је у истрази изведен доказ вештачењем од стране Градског завода за вештачење у Београду. Дакле, оптужницу је сачинио након што је извршио увид у мишљење вештака финансијске струке (које мишљење је вештак поновио на претресу) у којем је наведено да су компензације између предузећа „БЦД“, „Јекнић – Параћин“, „ЈВ – Комерц“ и „Авис“, описане у оптужници, потпуно законит начин плаћања, односно гашења међусобних потраживања између привредних актера, дакле, компензације извршене од стране Ј.Ћ. и В.Ј. нису противзаконите, а ако су основане, онда се не може рећи да је њима неке нанета штета, односно прибављена корист. Такође, околност да предузећа В.Ј. у току 2004. године уопште нису имала промет преко својих жиро рачуна не значи и да ова

предузећа нису пословала, јер компензација може да се спроведе и у условима када је пословни рачун предузећа у блокади. Чињеница да В.Ј. ове компензације, које је радио и са другим актерима привредног промета, није забележио у својим пословним књигама није кривично дело, већ, према одредбама Закона о платном промету – привредни преступ.

Дакле, иако је из налаза и мишљења вештака економске струке (који је имао већ у истрази) сазнао да радње за које је водио истрагу против оптужених у једном делу уопште нису противправне, дакле, нису кривично дело, а у другом делу јесу противправне, али, опет, нису кривично дело, већ привредни преступ, јавни тужилац је оптужио Ј.Ћ. и Ј.В. за кривично дело злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 4. КЗ и остао при таквој оптужби до краја главног претреса.^{789, 790}

Постоји злоупотреба противциљним вршењем процесног права од стране јавног тужиоца када, позивајући се на интересе опште безбедности и разлоге морала, поднесе захтев суду да се од лица које је правноснажно ослобођено од оптужбе да је извршило кривично дело (прикривање из члана 221 став 1 КЗ и фалсификовање исправе из члана 355 став 1 КЗ) трајно одузме путничко возило које је предмет извршења дела и преда у својину другом лицу.

У овом случају донета је ослобађајућа пресуда; јавни тужилац је тражио од суда да се од ослобођеног одузме путничко возило. Првостепени суд је усвојио захтев. Виши суд је, одлучујући о жалби на одлуку првостепеног суда, одбацио захтев тужиоца, у образложењу одлуке је рекао: „Међутим, битније је следеће: за Виши суд се поставило као основно питање да ли је ОЈТ [...] овлашћен да [...] предложи, односно тражи, захтева од првостепеног Суда да донесе одлуку какву је донео? Наиме, формалноправно овај поднесак ОЈТ [...] на први поглед, садржи ваљан правни основ захтева, а то је одредба члана 535. ЗКП у којој је наведено да ће се предмети чије одузимање је по кривичном закону неопходно ради заштите интереса опште безбедности из разлога морала, одузети и када се кривични поступак не заврши пресудом којом се оптужени оглашава кривим. У предлогу ОЈТ [...] наведено је да тужилац предлаже суду да решењем одузме од Б.М. [...] као несавесног стицаоца, путничко возило марке „Ауди А3“, власништво Ф.С. из Италије, с обзиром да је оригинални број шасије на наведеном возилу измењен, па то захтевају интереси опште безбедности и разлози морала, те да се наведено возило врати

⁷⁸⁹ Списи предмета Вишег суда у Краљеву ЗК. 238/10. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁷⁹⁰ Ј.Ћ. је пресудом Вишег суда у Краљеву ЗК. 238/10 од 5.12.2012. ослобођена од оптужбе, јер дело за које је оптужена по закону није кривично дело (члан 423. тачка 1. Законика о кривичном поступку). Међутим, јавни тужилац се жалио на ову пресуду. Жалба је одбијена као неоснована.

њеном власнику Ф.С. [...] Међутим, осим формалних разлога за доношење решења ОЈТ [...] је у захтеву навео и онај прави, материјални, а то је да се наведено путничко возило марке „Ауди А3“, након одузимања од Б.М., која је, по мишљењу ОЈТ [...] несавесни стицалац, врати њеном наводном власнику Ф.С.

Ствар је у томе што тужилац по закону није овлашћен да ово тражи...

Ценећи ову кривичну ствар на овакав начин Виши суд [...] је утврдио да се у конкретном случају ради о *злоупотреби процесних овлашћења* (курзив М.Д.) [...] конкретно злоупотребљена је одредба члана 535. ЗКП, где је под плаштом формалног овлашћења да се нешто захтева (разлози безбедности и морала), суштински тражено нешто на шта заступник јавне тужне није овлашћен, нити је кривични суд надлежан да о томе донесе одлуку (да одузме ствар од једног лица и преда је у својину и државину другом лицу).

С обзиром да је овакав захтев ОЈТ [...] излази из домена његове надлежности коју има по Законнику о кривичном поступку и законима који се односе на уређење и овлашћења јавног тужиоца, Виши суд је преиначио првостепену одлуку и одбацио захтев ОЈТ [...] као недопуштен“.⁷⁹¹

Тужилац врши шиканозну злоупотребу процесног права-дужности када окривљеном, у намери да му *нашкоди*, постави у истрази браниоца по службеној дужности адвоката за којег зна да окривљеном не може да пружи делотворну одбрану (јер се, рецимо, тај адвокат не бави кривичним стварима).⁷⁹² То свакако има своје реперкусије на право на делотворну стручну одбрану према ЕКЉП.

2.2. Злоупотребе процесних права приватног тужиоца у кривичном поступку

У делу у којем смо говорили о злоупотреби шиканозним вршењем кривичнопроцесних права навели смо да је најчешћи вид овакве процесне злоупотребе покретање кривичног поступка од стране приватног тужиоца због кривичног дела које и није учињено, када је догађај који је предмет поступка измишљен, а тужилац га води само из разлога да окривљеном нанесе што већу материјалну и нематеријалну штету.

⁷⁹¹ Решење Вишег суда у Краљеву Кж. 512/14 од 2.12.2014. године. Извор: архива суда.

⁷⁹² У теорији је примећено да је одредба српског кривичнопроцесног закона у којој је наведено да у случају обавезне одбране јавни тужилац у истрази поставља окривљеном браниоца по службеној дужности (члан 76. став 1. Законика о кривичном поступку) нелогична и погрешна, јер у страначком поступку једна странка не би требало да поставља браниоца другој странки. То би морао да чини суд (судија за претходни поступак). Цитирана одредба је оцењена као врло подобна за процесну злоупотребу. Вид.: М. Škulić, G. Plić, *Kako je propala reforma? Sta da se radi?*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, АТС, Beograd, 2012., 175-184.

Овде се, у ствари, ради о злоупотреба кривичног поступка, о злоупотреби уставног права на приступ суду. Није реч о злоупотреби појединог кривичнопроцесног права (права на измену оптужбе, права на суђење у присуству), већ о злоупотреби *целог* поступка. У претходним излагањима објаснили смо на који начин се манифестује шкођење оваквих злоупотреба (материјална и нематеријална штета за окривљеног, штета за јавни интерес).

Овде треба рећи да се злоупотребе у овом виду појављују врло често и у ситуацијама када је приватна кривична тужба основана. То су случајеви тзв. „узвраћене увреде“, односно, узвраћене приватне кривичне тужбе. Наиме, по одредбама Законика о кривичном поступку, окривљени против кога је поднета приватна тужба за кривично дело може до завршетка главног претреса [по приватној тужби] поднети противтужбу против приватног тужиоца који је према њему истом приликом учинио кривично дело за које се гони по приватној тужби; о приватној тужби и противтужби суд доноси једну одлуку.⁷⁹³ Дакле, у пракси се често дешава да лице које је оптужено приватном кривичном тужбом „узвраћа“ приватном кривичном тужбом за исто кривично дело, односно, и само подноси приватну кривичну тужбу неистините садржине против тужиоца, а затим тражи спајање поступака не би ли тако искомпликовало предмет (поступак) у којем је оптужено, на тај начин одуговлачило поступак и постигло бенефицију застарелости кривичног гоњења, или постизањем осуде приватног тужиоца „компензирало“ сопствену кривицу.

Уколико су оба захтева, и по приватној тужби и по приватној противтужби, неоснована, лажна, противтужба има карактер тзв. против-злоупотребе.⁷⁹⁴

2.3. Злоупотребе процесних права оштећеног и његовог пуномоћника у кривичном поступку

По правилу, интерес оштећеног је комплементаран са интересом јавне тужбе. Наиме, и ономе ко је оштећен кривичним делом, исто као и држави, у интересу је да окривљени буде оглашен кривим и осуђен по закону.

Д. А. Казацкер је поставио питање: може ли оштећени, који се налази на страни оптужбе, али није службено лице, да злоупотреби своја права у кривичном поступку? И одмах је дао позитиван одговор, наводећи пример за то: у оквиру поступка пред Окружним судом у Вороњежу оштећени Г. је тражио од суда да му да времена да се

⁷⁹³ Члан 66. Законика о кривичном поступку.

⁷⁹⁴ Вид. други део, глава III, наслов „2.7. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку према квантитативној карактеристици (једнократне и вишеструке)“.

припреми како би поставио оптуженом више од 100 питања. Суд је одбио да одобри време које је оштећени тражио (недеље) и ограничио га је на један дан. Суд је поучио оштећеног да сва питања морају да буду различита и конструктивна, а у случају да се буду понављала, да ће их одбити. Оштећени се није сложио са ставом суда, јер је сматрао да има право на бољу припрему, те да постави оптуженом онолико питања колико сматра да је потребно, али га није оспорио.⁷⁹⁵

Проблем између оштећеног у кривичном поступку и суда, који се манифестује у процесним злоупотребама оштећеног, може да настане у случају када оштећени сматра да је окривљени учинио много теже кривично дело него оно за које би могао да буде оглашен кривим. У предмету кривице оптуженог С.М. окривљени је био оптужен за кривично дело убиство из члана 113. КЗ. Већ смо показали да је ова оптужба била нереална, шиканозна, прекомерна како по чињеничном опису, тако и по правној квалификацији.⁷⁹⁶

Суштина процесног поступања оштећеног и његова три пуномоћника адвоката на главном претресу састојала се у сталном притиску на суд да коначни исход кривичног поступка буде осуда за кривично дело за које је оптужени и оптужен, а не оно што је заиста учинио. У том циљу оштећени (односно његови пуномоћници) извршили су злоупотребу права на јавно суђење тако што су у поступак укључили лица која су суђење пратила у својству опште јавности (на иницијативу пуномоћника оштећеног ова лица су гласно коментарисала одлуке председника већа, добацивала и вређала суд); из истог разлога од стране оштећеног на претрес су доведени професори правног факултета из области кривичног процесног права, у току претреса пуномоћник оштећеног је тражио да им се „обрати“, све у циљу омаловажавања суда, односно председника већа; у току трајања суђења, у циљу искључења председника већа из поступка, од стране оштећеног (његових пуномоћника) подношени су захтеви за изузеће председника већа за које је било очигледно да су недопуштени (сви су одбачени из овог разлога), због чега су сва три пуномоћника кажњена новчаном казном због предузимања процесне радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка;⁷⁹⁷ од стране оштећеног против председника већа је

⁷⁹⁵ Д. А. Казацкер, *Злоупотребления стороной своими правами в рамках уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты*, Журнал „Воронежский адвокат“ № 7, 2012 г.

⁷⁹⁶ Вид. други део, глава II, наслов „2.1. Злоупотреба шиканозним вршењем кривичнопроцесних права“, текст изнад фусноте број 619.

⁷⁹⁷ Одредбом члана 218. став 1. Законика о кривичном поступку из 2001. године суд је био овлашћен да у току поступка казни новчаном казном до 100.000 динара браниоца, пуномоћника или законског заступника, оштећеног, оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца, ако су његови поступци очигледно управљени на одуговлачење кривичног поступка.

поднета кривична пријава за кривично дело кршење закона од стране судије из члана 360. став 1. КЗ (Окружни јавни тужилац је, након увида у списе предмета, одбацио је кривичну пријаву, а оштећени није преузео кривично гоњење); од стране оштећеног је против председника већа поднета притужба на рад Надзорном одбору Врховног суда Србије (неистините садржине; када је након тога пуномоћник оштећеног саслушан у полицији на околности навода из притужбе, објаснио је да га је вероватно судија председник Надзорног одбора, пред којим је дао изјаву о поступању председника већа на суђењу, погрешно разумео).⁷⁹⁸

Дакле, у кривичном поступку су могуће злоупотребе процесних права од стране оштећеног, односно његовог пуномоћника. И оне се чине.

Пример за процесну злоупотребу противциљним вршењем права на жалбу у кривичном поступку од стране пуномоћника оштећеног налазимо у случају у којем се пуномоћник постављен по службеној дужности, позивајући се на право оштећеног на жалбу на трошкове кривичног поступка, жалио на пресуду оспоравајући је у делу одлуке о трошковима поступка тврдећи да је суд требао да њему, пуномоћнику, досуди већи износ накнаде на име заступања по службеној дужности.

У таквој процесној ситуацији другостепени суд је рекао:

„У конкретном случају пуномоћник малолетног оштећеног је жалбу, уствари, изјавила у своје име и ради остваривања свог интереса, јер је погрешно сматрала [...] да јој је првостепени суд погрешно обрачунао и досудио накнаду за заступање малолетног оштећеног у току кривичног поступка. На овај начин пуномоћник малолетног оштећеног је, тиме што је изјавила жалбу на првостепену пресуду у делу одлуке о трошковима кривичног поступка, изашла из домена својих процесних права, односно *прекорачила је и злоупотребила процесна овлашћења која има у кривичном поступку као пуномоћник* (курзив М.Д.), и на основу одредбе 433 став 4 ЗКП, а под изговором да заступа интересе малолетног оштећеног, остваривала свој интерес који као постављени пуномоћник има према властодавцу, односно првостепеном суду. Међутим, изјављивање жалбе на трошкове кривичног поступка, не у интересу заступаног лица, већ у интересу пуномоћника, је погрешан правни пут за остваривање наведеног интереса. Наиме, питање висине накнаде која припада пуномоћнику малолетног оштећеног по службеној

Према одредби члану 374. став 1. актуелног кривичнопроцесног закона, која се налази под насловом „Мере за спречавање одуговлачења поступка“ наведено је да ће суд браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка – изрећи опомену.

⁷⁹⁸ Види списе предмета Окружног суда у Краљеву К. 41/08. Извор: архива Окружног суда у Краљеву.

дужности у домену је односа између властодавца, суда који ју је поставио, и ње као адвоката...“.⁷⁹⁹

2.4. Злоупотребе процесних права оштећеног као тужиоца у кривичном поступку

Према одредбама Законика о кривичном поступку из 2001. године оштећени је у кривичном поступку добијао статус оштећеног као тужиоца оног момента када је изричито изјавио да преузима кривично гоњење од јавног тужиоца, након што јавни тужилац нађе да нема основа да предузме гоњење или одустане од гоњења за кривично дело које се гони по службеној дужности.⁸⁰⁰ Дакле, и након одбачаја кривичне пријаве, и након одустанка јавног тужиоца од гоњења у било којој фази поступка.

У таквој ситуацији често су се дешавале злоупотребе оштећеног као тужиоца када је лице подносило више кривичних пријава против више лица за кривична дела која се гоне по службеној дужности, а подносилац пријаве, односно супсидијарни тужилац (оштећени као тужилац) је знао да дело није учињено. У оваквим случајевима ради о злоупотреби субјективног процесног права на приступ кривичном суду. Међутим, у оваквим случајевима истовремено се ради и о постојању кривичног дела лажно пријављивање.⁸⁰¹

Тако, у периоду од 2007. до 2009. године лице М.М. је пред Окружним судом у Краљеву водило десетине кривичних поступака против судија и јавних тужилаца, у свим случајевима због кривичног дела кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика.⁸⁰² Кампања је почела тако што је М.М. поднео Окружном јавном тужиоцу у Чачку кривичну пријаву против заменика тог јавног тужиоца М.С. из Чачка због кривичног дела кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика. Након одбачаја кривичне пријаве преузео је гоњење у својству оштећеног као тужиоца. На предлог Окружног суда у Чачку ова кривична ствар делегирана је на надлежност Окружном суду у Краљеву. Ванпретресно веће тог суда је у поступку провере оптужнице оштећеног као тужиоца М.М. одлучило решењем да нема места оптужби и да се кривични поступак обуставља јер дело које је предмет оптужбе није кривично дело. М.М. се жалио

⁷⁹⁹ Решење Вишег суда у Краљеву Кж. 129/14 од 3.4.2014. године. Извор: архива суда.

⁸⁰⁰ Члан 61. Законика о кривичном поступку из 2001. године.

⁸⁰¹ Члан 334. Кривичног законика, „Лажно пријављивање“ (види фусноту бр. 615).

⁸⁰² Члан 360. Кривичног законика, „Кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика“: Судија или судија поротник, јавни тужилац или његов заменик који у судском поступку у намери да другом прибави какву корист или да му нанесе какву штету, донесе незаконит акт или на други начин прекрши закон, казниће се...

на ово решење Врховном суду Србије (ВСС). Међутим, истовремено је поднео кривичне пријаве против свих судија чланова ванпретресног већа које је донело решење. Када је кривична пријава одбачена, преузео је кривично гоњење против судија чланова већа, истовремено, поднео је кривичу пријаву због кривичног дела кршење закона од стране јавног тужиоца и његовог заменика против заменика јавног тужиоца који је одбацио кривичну пријаву против судија чланова ванпретресног већа. И тако у круг. Ово је чинио иако је у образложењима свих одлука ВСС, донетих по његовим жалбама, било јасно објашњено зашто дела за која је пријављивао судије и тужиоце нису кривична дела, уз поуку да околност да му се одређена одлука суда не допада из било ког разлога не значи да је самим тим судија или тужилац који је донео ту одлуку извршио кривично дело. Овим је била искључена свака могућност да је М.М., подносећи пријаве против судија и тужилаца поступао у незнању (које не оправдава) или у заблуди.

Против М.М. је поднета кривична пријава због више кривичних дела лажно пријављивање (члан 334 став 1 КЗ). У том моменту М.М. је пред Окружним судом у Краљеву у својству оштећеног као тужиоца водио 32 кривична поступка⁸⁰³ против свих судија Окружног суда у Краљеву и јавних тужилаца из више градова Србије. Након кривичног поступка који је вођен против њега пред Општинским судом у Краљеву М.М. је оглашен кривим због кривичног дела лажно пријављивање,⁸⁰⁴ истовремено, престао је да подноси кривичне пријаве против судија и јавних тужилаца.

Овакве процесне злоупотребе оштећеног као тужиоца превениране су након доношења Законика о кривичном поступку из 2011. године. Наиме, по одредбама актуелног српског Законика о кривичном поступку оштећени не може да преузме од

⁸⁰³ Види предмете Окружног суда у Краљеву К. 59/07, окривљени М.С., заменик ОЈТ у Чачку; К. 82/07, окр. А.А., заменик ОЈТ у Краљеву; К. 3/08, окр. М.И., судија Окружног суда у Краљеву; К. 4/08, окр. Б.Н., Р.Б., И.З., судије Окружног суда у Краљеву; К. 14/08, окр. О.Б., судија Окружног суда у Краљеву; К. 15/08, окр. Ј.Р., М.И., Ц.М., судије Окружног суда у Краљеву; К. 28/08, окр. О.Б., судија Окружног суда у Краљеву; К. 29/08, окр. Б.Н., Ј.Р., Р.Б., судије Окружног суда у Краљеву; К. 30/08, окр. Б.Н., Р.Б., Б.В., судије Окружног суда у Краљеву; К. 31/08, окр. М.Д., судија Окружног суда у Краљеву; К. 35/08, окр. М.Д., судија Окружног суда у Краљеву; К. 36/08, окр. Б.Н., Р.Б., М.И., судије Окружног суда у Краљеву; К. 37/08, окр. М.Д., судија Окружног суда у Краљеву; К. 62/08, окр. М.Д., судија Окружног суда у Краљеву; К. 63/08, окр. О.Б., судија Окружног суда у Краљеву; К. 64/08, окр. М.Д., судија Окружног суда у Краљеву; К. 65/08, окр. Б.Н., Р.Б., М.И., судије Окружног суда у Краљеву; К. 66/08, окр. Б.Н., Р.Б., М.И., судије Окружног суда у Краљеву; К. 67/08, окр. Б.Н., Р.Б., М.И., судије Окружног суда у Краљеву; К. 70/08, окр. М.Д., судија Окружног суда у Краљеву; К. 71/08, окр. Ј.Р., М.И., Ц.М., судије Окружног суда у Краљеву; К. 72/08, окр. М.Д., судија Окружног суда у Краљеву; К. 74/08, окр. Ј.Р., Б.В., Ц.М., судије Окружног суда у Краљеву; К. 127/08, окр. Ј.Р., М.И., Ц.М., судије Окружног суда у Краљеву; К. 128/08, окр. А.А., заменик ОЈТ у Краљеву; К. 9/09, окр. М.Д., Ј.Р., Б.В., Ц.М., судије Окружног суда у Краљеву; К. 11/09, окр. М.Д., судија Окружног суда у Краљеву; К. 24/09, окр. М.Д., судија Окружног суда у Краљеву; К. 25/09, окр. Ј.Р., Б.В., Ц.М., судије Окружног суда у Краљеву; К. 72/09, окр. В.П., заменик ОЈТ у Шапцу; К. 73/09, окр. С.Н., заменик ОЈТ у Шапцу; Ки. 62/09, окр. М.Д., О.Б., судије Окружног суда у Краљеву. Извор: архива Окружног суда у Краљеву.

⁸⁰⁴ Види пресуду Основног суда у Краљеву 7К. 2148/10 од 25.8.2011. године. Пресуда није објављена. Извор: архива Основног суда у Краљеву.

јавног тужиоца кривично гоњење за кривично дело које се гони по службеној дужности у фази одбачаја кривичне пријаве⁸⁰⁵ (већ само ако јавни тужилац изјави да одустаје од оптужбе након потврђивања оптужнице⁸⁰⁶).

3. Злоупотребе процесних права одбране у кривичном поступку

У теорији се наводи да су најбројније кривичнопроцесне злоупотребе оне извршене од стране одбране.⁸⁰⁷ Опет, најпознатији недозвољени процесни циљ, последица којој се најчешће тежи вршењем процесних злоупотреба одбране јесте одуговлачење кривичног поступка.^{808, 809} Његова материјализација је непотребно прекомерно дуго временско трајање судског поступка, дуже од разумног рока потребног за разрешење конкретне кривичне ствари.

Радње учесника у поступку чији је циљ одуговлачење трајања судског кривичног поступка је поступање које је у очигледној потпуној супротности са интересом суда да поступак спроведе у разумном, оптималном року потребном за разрешење конкретне кривичне ствари.⁸¹⁰ Зато злоупотребе чији је циљ одуговлачење поступка штете пре свега суду, односно интересима поступка.

Разлози за одуговлачење поступка могу бити различити.

Онај којем се најчешће тежи, бар када је реч о лакшим кривичним делима, за која је прописана блажа кривична санкција, је једноставан: одредбама кривичног

⁸⁰⁵ Члан 51. став 1. Законика о кривичном поступку: Ако јавни тужилац, за кривично дело за које се гони по службеној дужности, одбаци кривичну пријаву, обустави истрагу или одустане од кривичног гоњења до потврђивања оптужнице, дужан је да у року од осам дана о томе обавести оштећеног и да га поучи да може да поднесе приговор непосредно вишем јавном тужиоцу.

⁸⁰⁶ Члан 52. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁸⁰⁷ В. Рајић, *Коментар закона о казненом поступку*, Душевић & Кршовник d.o.o., Ријека, 2011., 103-104.

⁸⁰⁸ Он је то у толикој мери да је у српском кривичнопроцесном закону из 2011. године погрешно идентификован са суштином (појмом) процесне злоупотребе, односно, опет погрешно, као основна, једина последица процесне злоупотребе.

⁸⁰⁹ „Процесни интерес лица које делује несавесно је добијање процесних користи путем различитих злоупотреба процесних права. Најраспрострањенија жеља лица које злоупотребљава право је максимално одуговлачење грађанског поступка. Као што је навела Е. М. Мурадјан „странки која није економски слаба, лакше је да плаћа догортајан судски спор, него да допусти доношење одлуке у корист противника, која ће утицати на стање ствари, престиж и углед“. Несавесни субјект може да се руководи и другим противправним мотивима – да добије погрешну одлуку или одлуке о одбацивању тужбе без разматрања или о обустави поступка, да увуче свог противника у превисоке судске трошкове, итд“. Вид.: А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 100.

⁸¹⁰ Члан 14. став 1. Законика о кривичном поступку.

материјалног права прописано је да гоњење за највећи број кривичних дела застарева.⁸¹¹ Рок застарелости кривичног гоњења рачуна се од момента извршења кривичног дела, а непосредно зависи од врсте и висине кривичне санкције прописане за конкретно кривично дело. Дакле, у овом периоду времена држава, односно суд мора да апсолвира сваку кривичну ствар. У противном, протеком рока наступа немогућност предузимања кривичног гоњења, и суд може само да донесе пресуду којом се оптужба одбија.^{812, 813}

Процесне радње усмерене на одуговлачење кривичног поступка и наступање застарелости кривичног гоњења немају никакве везе са циљевима поступка. Одуговлачење је у супротности са природом поступка, слаби поверење у државу и њене органе, штети интересима грађана, охрабрује злочинце. Апсорбује у себе непотребну снагу и ресурсе, спречавајући њихово ефикасно коришћење, онемогућава да буду искоришћени у корисне сврхе. Постоји граница изван које поступак губи своје суштинске квалитете. Ову границу одређује мера здравог разума.⁸¹⁴

Међутим, процесна злоупотреба управљена на одуговлачења поступка не мора да има за исход наступање апсолутне застарелости кривичног гоњења да би се постигао жељени циљ. *Доволно је да се поступак одуговлачи. Одуговлачење поступка је најчешће*

⁸¹¹ „No, kako kazneno procesno pravo premoć državnog odvjetništva kao aparata državne represije kompenzira favoriziranjem okrivljenika na različite načine (npr. daje okrivljeniku pravo na šutnju, odnosno tolerira zakasneli ili čak lažni iskaz i pruža mu mogućnosti prigovaranja državnoodvjetničkim radnjama ili podnošenja pravnih sredstava protiv sudskih radnji), ono mu ujedno daje priliku da taj favor defensionis izokrene u sredstvo za procesnu sabotazu te odugovlači kazneni postupak, baš kao što to može učiniti i tuženik u parničnom postupku nesavjesnim korištenjem ili zluporabom procesnih ovlaštenja. Ne treba zaboraviti da je krivom okrivljeniku koji poriče kazneno djelo u interesu – koji pravni poredak ne može uvažiti – što dulje vođenje kaznenog postupka, poglavito kod lakših kaznenih djela kod kojih kraći rokovi zastare kaznenog progona mogu dovesti do odustanka državnog odvjetnika od kaznenog progona i obustave postupka (baš kao što tuženiku, obveznom na neku činidbu ili propuštanje prema građanskopravnom odnosu odgovara što dulje vođenje spora pred sudom koje bi *ad calendas graecas* odgodilo ovršnost eventualne kondemnatorne presude). Naprotiv, pravni poredak mora uvažiti interes krivog okrivljenika da se postupak ne odugovlači, tako da eventualno izrečena kazna, kako smo rekli, ne izgubi svoju svrhu, kao što mora uvažiti interes nedužnog okrivljenika da se prethodni postupak provede što brže i pažljivije kako bi se ostvarila selekcijska funkcija prethodnog postupka (odvajanje osnovano sumnjivih koji se izvode na suđenje od nedužnih protiv kojih se obustavlja postupak) te izbjeglo nepotrebno suđenje, odnosno da se suđenje na raspravi provede pažljivo i koncentrirano, kako bi teret rasprave bio za takvog okrivljenika što manji i kraći do donošenja oslobađajuće presude”. Vid.: D. Krapac, *Trajanje kaznenog postupka i pravo na kazneno suđenje u razumnom roku*, Zbornik PFZ, 63, (1) 5-70 (2013), 1-70.

⁸¹² Члан 422. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку: Пресуду којом се оптужба одбија суд ће изрећи ако је оптужени актом амнестије или помиловања ослобођен од кривичног гоњења, или се гоњење не може предузети због застарелости или неке друге околности које трајно искључују кривично гоњење.

⁸¹³ „Треба [...] адекватније примењивати одредбе закона које спречавају злоупотребу права од стране субјеката чији је „интерес“ трајање кривичног поступка до његове застарелости. Овде као ни у једној другој фази кривичног поступка злоупотреба права не сме да буде толерисана. Обавеза је суда да спречи злоупотребу права, али не путем спречавања законом прописаних права процесних субјеката, већ применом законом прописаних мера које му стоје на располагању према субјектима који злоупотребљавају дато им право“. Вид.: S. Bejatović, *Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (norma i praksa)*, NBP – Žurnal za kriminalistiku i pravo 2015-2, 27-54.

⁸¹⁴ M. Warchoń, *Pojęcie „nadużycia prawa” w procesie karnym*, Prokuratura i Prawo 11, 2007, 48-67.

само себи процесни циљ. Интерес извршиоца злоупотребе је, једноставно, пуки протек времена од извршења дела до окончања поступка, без обзира на исход. Кривично дело је реални догађај фиксиран у времену извршен у прошлости. Парадоксално, али отпочињањем, заснивањем процесног материјалноправни однос долази у други план, престаје да има одлучујући значај, а центар тежишта се преноси на права која ће се добити или изгубити као резултат поступка. „... то је зачарани круг: материјална истина може да се утврди само уз помоћ процесних права, али употреба процесних права одводи од материјалне истине“.⁸¹⁵ Трајањем поступка учесници се све више у времену удаљавају од времена извршења дела. Протеком времена докази, бар они персонални, бледе, копне, постају несигурни, лишени детаља. Изјаве сведока дате у истрази, релативно брзо након извршења дела, могу да се веома разликују од оних датих на суђењу, разлика је тим већа што је дужи период времена између изјава. Од одређеног момента пажња учесника у поступку почиње да се фокусира на друге, процесне моменте (има ли услова да се суђење одржи, ко јесте, а ко није дошао пред суд, зашто одсутно лице није дошло пред суд), небитне за суштину ствари, а не на суштину, на спровођење правде. „Да ли се зло десило? Ко је кривац? Ко би требало да буде кажњен? Нико не зна. Парадоксално, то су детаљи на које у неком тренутку престаје да се рачуна“.⁸¹⁶

Одуговлачење поступка се постиже различитим процесним злоупотребама учињеним од стране окривљеног и/или његове формалне одбране. Протек времена, односно неумерено, неразумно дуго трајање поступка је у највећем броју случајева интерес одбране. Управо због околности да ова процесна последица иде у корист оптуженом, процесне радње других учесника у поступку усмерене на одуговлачење поступка најчешће су само радње помагања у процесној злоупотреби права оптуженог.

На који начин се одуговлачи кривични поступак?

Одуговлачење поступка узрокују радње злоупотребе права којима се блокира поступање суда, којима се суд онемогућава да одржи главни претрес.

а) Окривљени то најчешће чини *злоупотребом субјективног процесног права на суђење у присуству*. Право на суђење у присуству је право-дужност оптуженог, односно право које он мора да врши. Злоупотребљава се неоснованим невршењем, пропуштањем да приступи на суђење. Оптужени, једноставно, не приступа по позиву суда на главни

⁸¹⁵ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 119.

⁸¹⁶ М. Warchoł, *Ibid.*

претрес, а за неприступање даје разне, најчешће фингиране извињавајуће разлоге (сопствена или болест блиског лица, неодложан пут који се десио управо на дан када је био заказан главни претрес), често документоване писменима неистините садржине (извештаји из којих се може утврдити да је био код лекара управо на дан главног претреса, који често садрже мишљење лекара опште праксе да оптужени због здравствених тегоба које су утврђене код њега није способан да учествује на суђењу).

Процесна ситуација је знатно компликованија уколико у поступку учествује више оптужених. Тада има услова за вршење процесне злоупотребе на суђење у присуству од стране више лица.

За *очигледну злоупотребу* субјективног процесног права оптуженог на суђење у присуству у српском Законнику о кривичном поступку прописана је као процесна санкција могућност одређивања притвора. Прописано је да се притвор може одредити против лица за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело ако у својству оптуженог *очигледно* избегава да дође на главни претрес.⁸¹⁷

б) Поступање суда се блокира, поступак се одуговлачи сталном, континуираном *злоупотребом субјективног права окривљеног (одбране) на непристрасан суд*, подношењем захтева за изузеће судије, судије поротника, тужиоца, заменика тужиоца и других лица на која се примењује институт изузећа.

Закоником о кривичном поступку је прописано да судија или судија-поротник може бити изузет од судијске дужности у одређеном предмету ако постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност.⁸¹⁸ Изузеће могу тражити странке и бранилац.⁸¹⁹ Кад судија или судија-поротник сазна да је поднет захтев за његово изузеће због околности које изазивају сумњу у његову непристрасност може до доношења решења о захтеву да предузима само оне радње за које постоји опасност од одлагања.⁸²⁰ О захтеву за изузеће судије или судије-поротника одлучује председник суда. О захтеву за изузеће председника суда или председника суда и судије или судије-поротника, одлуку о изузећу доноси председник непосредно вишег суда. О изузећу председника Врховног касационог суда одлуку о изузећу доноси Општа седница.⁸²¹ Одредбе о изузећу судија и судија-поротника сходно се примењују и на јавне тужиоце и лица која су на

⁸¹⁷ Члан 211. став 1. тачка 1. Законика о кривичном поступку.

⁸¹⁸ Члан 37. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁸¹⁹ Члан 39. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁸²⁰ Члан 40. Законика о кривичном поступку.

⁸²¹ Члан 41. ставови 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

основу закона овлашћена да јавног тужиоца замењују у поступку, записничаре, преводиоце, тумаче и стручна лица, као и на вештаке.⁸²²

Злоупотреба се постиже противциљним подношењем захтева за изузеће другог процесног субјекта, дакле, не зато што је заиста угрожено право оптуженог на непристрасан суд, већ зато што је за доношење одлуке о захтеву потребно време. Након што је одлучено о једном захтеву за изузеће, подноси се други, затим следећи, што све доводи до одуговлачења поступка, што и јесте стварни циљ подносиоца захтева.

Нпр., јавни тужилац у Косовској Митровици подигао је 15.8.2012. оптужницу против В.Р. из Београда и Д.Ђ. из Звечана. Дана 5.12.2012. године браниоци оптужених поднели су захтеве за изузеће председника Врховног касационог суда, председника Апелационог суда у Нишу и председника Вишег суда у Косовској Митровици. Сва три захтева су одбијена као неоснована. Дана 5.12.2012. године адв. А.Ђ. је отказао пуномоћје за даљу одбрану опт. В.Р. До 25.2.2013. није одржан ниједан главни претрес, због неприступања оптужених пред суд, њихови браниоци су суду уредно достављали медицинску документацију као доказ о спречености. Дана 25.2.2013. одбрана оптужених поднела је захтеве за изузеће Вишег јавног тужиоца у Косовској Митровици, Апелационог јавног тужиоца у Нишу, Републичког јавног тужиоца. Сви захтеви за изузеће тужилаца су одбачени као недозвољени. Дана 14.5.2013. браниоци оптужених поднели су два поднеска којима су изјавили приговор стварне ненадлежности Вишег суда у Косовској Митровици да поступа у тој кривичној ствари. Главни претрес заказан за 20.6.2013. године одложен је јер пред суд није приступио опт. В.Р., његов бранилац је доставио копију извештаја лекара специјалисте, није приступио ни опт. Д.Ђ., његов бранилац је такође доставио медицинску документацију за свог брањеника и усмено објаснио да је овај пао и повредио кичму, што га је учинило непокретним. Најзад, решењем Врховног касационог суда у Београду Кд. 126/2013 од 25.9.2013. године (донетим на предлог председника већа судије Вишег суда у Косовској Митровици) одлучено је да се за вођење кривичног поступка против опт. В.Р. и опт. Д.Ђ. одређује Виши суд у Краљеву.

Од подизања оптужнице до делегације поступка Вишем суду у Краљеву (дакле, у периоду од више од годину дана) пред Вишим судом у Косовској Митровици није одржан ниједан главни претрес.⁸²³

⁸²² Члан 42. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁸²³ Предмет Вишег суда у Краљеву 4К. 83/13. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

Из наведеног примера јасно се виде злоупотребе оптужених субјективног процесних права на суђење у присуству и субјективног процесног права оптужених и њихових бранилаца на непристрасан суд и јавног тужиоца. Злоупотребе су учињене у циљу одуговлачења поступка.⁸²⁴

Злоупотреба субјективног права окривљеног (одбране) на непристрасан суд може да се односи и на постизање других недозвољених процесних циљева (не само на одуговлачење поступка). Један од њих је одстрањивање (елиминисање) одређеног процесног учесника из кривичног поступка.

Овај циљ злоупотребе процесних права учесника у судском поступку помиње се у раду М. Ч. Марковића⁸²⁵ из 1937. године: „Навешћу као пример захтев за изузеће судија. У Цуљином коментару Законика о судском поступку у грађанским парницама читамо: „Такви се предлози злоупотребљавају често пута, не само ради одуговлачења парнице, него и у ту сврху да се искључе способне и савесне судије, који би по сталном годишњем распореду судија и сталној деоби посла требали учествовати у решавању дотичне ствари, и да се ствар пребаци на друге судије, који нису у тој мери дорасли, да брзо и исправно реше ствар...“. ... Ово коментаторово мишљење није произвољно, већ је засновано на искуству“. Из овога можемо да закључујемо да је још у то време у Србији примећен недозвољен процесни интерес учесника да се из судског поступка злонамерно елиминишу непожељне судије.

Дакле, постоји злоупотреба противциљним вршењем субјективног права на изузеће судије ако се захтев за изузеће подноси ради елиминисања „непожељног“ или „неподобног“ судије (или другог учесника у поступку), односно „одабира пожељног“ судије.

Ова злоупотреба права на изузеће карактеристична је по томе што се тражи из разлога што постоје околности које изазивају сумњу у непристрасност судије, а да би се ово поткрепило обавезно је прати разлог који судију, наводно, чини пристрасним, који се продукује на вештачки начин. То је најчешће околност да је подносилац захтева за изузеће против поступајућег судије поднео кривичну пријаву (или приватну кривичну

⁸²⁴ У неформалном разговору којег смо обавили са браниоцима В.Р. и Д.Ђ. један од њих је рекао да су све злоупотребе које су од стране оптужених и бранилаца учињене у току трајања поступка пред Вишим судом у Косовској Митровици извршене циљано у намери да се поступак што више одуговлачи не би ли се у тој кривичној ствари пред вишим судским инстанцама исходило (изнудило) преношење месне надлежности на други стварно надлежан суд.

⁸²⁵ М. Ч. Марковић, *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, Архив за правне и друштвене науке, 1937, књига 34, број 1, 56-57.

тужбу, или притужбу надзорном правосудном органу, или пријаву дисциплинском тужиоцу, и сл.), те ова чињеница, наводно, чини судију ангажованим против њега.

Ову процесну злоупотребу је релативно лако квалификовати и санкционисати.

Тако, у одлуци вишег суда је наведено: „Окривљени У.Р. је дана 25.2.2010. године поднео захтев за изузеће председника Основног суда у Краљеву С.Ђ. и судије тог суда К.Д., у захтеву је навео да је судија К.Д. издала наредбу за његово довођење на главни претрес иако нису били испуњени услови предвиђени законом за издавање такве наредбе, такође, да је поднео приватну кривичну тужбу против судије К.Д. због кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359 КЗ, најзад, да не жели да о изузећу судије К.Д. одлучује ВФ председника Основног суда у Краљеву, због чега је у истом захтеву захтевао и његово изузеће. ... Као разлог за изузеће судије К.Д. окривљени је навео околност да је против ње поднео приватну кривичну тужбу због кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359 КЗ.

... по мишљењу овог Суда пука чињеница да је окривљени поднео кривичну пријаву, или преузео гоњење оптужницом оштећеног као тужиоца која није ступила на правну снагу против судије који суди у његовој кривичној ствари – није разлог за изузеће тог судије... Чињеница да је окривљени поднео кривичну пријаву, или преузео гоњење оптужницом оштећеног као тужиоца која није ступила на правну снагу против судије који му суди не подразумева да је тај судија ову околност примио лично, нити подразумева да то утиче на његову непристрасност у кривичној ствари окривљеног који је подносилац пријаве.

Наиме, ако би између ових околности постојао аутоматизам, онда би подношење кривичне пријаве од стране окривљеног против судије који поступа у његовом предмету представљао механизам за уклањање тог судије из поступка увек кад из било ког разлога није пожељан за њега и/или његову одбрану, другим речима, *окривљени би на овај начин могао да бира судију који му суди* (курзив М.Д.), што је неприхватљиво и недопустиво“.⁸²⁶

в) Поступак се одуговлачи *злоупотребом субјективног процесног права окривљеног на формалну одбрану (изабраног браниоца) и субјективног процесног права на припремање одбране.*

У Законику о кривичном поступку је прописано да окривљени има право да се брани сам или уз стручну помоћ браниоца, у складу са одредбама тог законика.⁸²⁷ Једног

⁸²⁶ Решење Вишег суда у Краљеву Су. VII 39/10-2 од 26.2.2010. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁸²⁷ Члан 68. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку.

или више бранилаца може изабрати и пуномоћјем овластити сам окривљени или њему блиска лица (његов законски заступник, брачни друг, сродник по крви у правој линији, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра, хранитељ и лице са којим живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници живота), осим ако се томе окривљени изричито противи.⁸²⁸ Један окривљени може имати истовремено у поступку највише пет бранилаца, а сматра се да је одбрана обезбеђена кад у поступку учествује један од бранилаца.^{829, 830}

Одуговлачење поступка се постиже на тај начин што окривљени у току суђења (често на сам дан главног претреса, или на самом главном претресу) опозива пуномоћје за даљу одбрану⁸³¹ изабраном браниоцу (наводно, јер није задовољан његовом одбраном), и захтева од суда да одложи главни претрес јер жели да ангажује другог браниоца. У предметима обавезне одбране (али и у поступцима где то није случај, због захтева интереса правде) суд је приморан да то и учини. При том суд приликом одређивања следећег термина за главни претрес мора да има у виду време које је новом изабраном браниоцу потребно за упознавање са предметом и припремање одбране. Окривљени овакву праксу избора браниоца може да понови и неколико пута у току истог поступка, често именујући као „новог“ браниоца неког од адвоката којем је раније опозвао пуномоћје за одбрану у току истог поступка.⁸³²

Ствар се компликује уколико се поступак води против више окривљених, и сви они или неки од њих користе описано понашање.

⁸²⁸ Члан 75. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁸²⁹ Члан 78. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁸³⁰ У кривичном поступку у Немачкој, такође у Хрватској окривљени може имати истовремено у поступку највише три браниоца.

У кривичном поступку у Русији нема ограничења броја бранилаца које окривљени може истовремено да има у поступку. Зато су пред кривичним судовима Руске Федерације врло честе процесне злоупотребе базиране на поступањима изабраних бранилаца.

⁸³¹ Члан 79. став 1. тачка 1. Законика о кривичном поступку: Браниоцу престају права и дужности у случају опозива или отказа пуномоћја.

⁸³² Тако: „У касационој одлуци судског колегијума за кривичне предмете Врховног суда Републике Мордовије од 12.3.2008. године у кривичном предмету против осуђеног С., наведено је да је „у току суђења окривљени С., злоупотребом права на одбрану поверених му кривичнопроцесним законом, у циљу неоправданог одуговлачења тока суђења, да би избегао кривичну одговорност, у више наврата, без образложења мотива да откаже услуге адвоката кога је ангажовао за своју одбрану на основу споразума, склапао споразуме са другим адвокатима, затим је отказивао и њихове услуге и поново склапао споразуме са новим браниоцима или са браниоцима којима је претходно отказао“. У овом случају суд касационе инстанце је вршење права окривљеног на вишекратно отказивање бранилаца („осумњичени, оптужени има право да у било ком моменту кривичног поступка откаже помоћ браниоца“ – члан 52 став 1 Закона о кривичном поступку Руске Федерације), без законског разлога, вођен само њему знаним критеријумима, то квалификује као „злоупотребу права са циљем да се неоправдано одуговлачи судски поступак и избегне кривична одговорност“. Вид.: Д. А. Казацкер, *Злоупотребления стороной своими правами в рамках уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты*, Журнал „Воронежский адвокат“ № 7, 2012 г.

Уколико у оваквој злоупотреби учествује бранилац, тако што окривљеном отказује пуномоћје, реч је о помоћи у злоупотреби.

У пресуди Врховног суда Републике Италије Cass. Pen., Sez. un., 29.9.2011. (dep. 10.1.2012), N. 155/12, наведено је у тачки 15. образложења: анализом процесних радњи одбране при крају првостепеног поступка могу се запазити честе замене бранилаца од стране оптуженог, по поновљеном обрасцу. Ове промене бранилаца нису биле оправдане било каквим стварним потребама одбране, и нису имале никакву другу функцију осим остваривања наступања апсолутне застарелости кривичног гоњења (што је првостепени суд требало да испита и одбаци као неприхватљиво). Одуговлачење поступка које је учињено на овај начин имало је за последицу наступање застарелости кривичног гоњења. Овакве процесне радње одбране, од којих је свака за себе *in abstracto* била израз законитог овлашћења, биле су *in concreto* свеукупно потпуно неутемељене са разлозима због којих су ова овлашћења призната, чиме је учињена злоупотреба поступка.⁸³³

У српском Законику о кривичном поступку овакво процесно поступање одбране је изричито прописано као процесна злоупотреба, наиме, прописано је да ће изабрани бранилац бити разрешен ако му је пуномоћје поново дато након опозива или отказа пуномоћја, а до тога је очигледно дошло у циљу злоупотребе права.⁸³⁴

г) Почетком друге деценије овог века рад српских кривичних судова у тзв. мешовитим срединама, областима у којима живе и припадници националних мањина, блокиран је *процесним злоупотребама субјективног права на употребу језика у кривичном поступку*.

Појава је узела таквог маха да је рад судова у кривичној материји у таквим срединама у највећој мери обустављен.

Право на употребу језика у поступку пред државним органима прописано је у Уставу, тако, наведено је да се лице које је лишено слободe од стране државног органа одмах, на језику који разуме, обавештава о разлозима лишења слободe, о оптужби која му се ставља на терет као и о својим правима и има право да без одлагања о свом лишењу слободe обавести лице по свом избору.^{835, 836} Свако има право да независан, непристрасан

⁸³³ Vid.: Cass. Pen., Sez. un., 29.9.2011. (dep. 10.1.2012), N. 155/12, тачка 15. образложења под rubrumom „L'abuso del processo”. Integralni tekst presude je dostupan na:

<http://www.penalecontemporaneo.it/upload/S.U.%20Rossi%20DPC.pdf>, pristup 4.6.2016.

⁸³⁴ Члан 80. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

⁸³⁵ Члан 27. став 2. Устава Републике Србије.

⁸³⁶ „Право на употребу језика у поступку пред органима државне власти, посебно у поступку лишења слободe и у судском поступку значајно је за заштиту личне слободe. То питање посебно је осетљиво у

и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. Свакоме се јемчи право на бесплатног преводиоца, ако не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду и право на бесплатног тумача, ако је слеп, глув или нем.^{837, 838} Свако ко је окривљен за кривично дело има право да у најкраћем року, у складу са законом, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима дела за које се терети, као и о доказима прикупљеним против њега.^{839, 840}

заједници у којој живе бројне националне мањине и у којој Устав гарантује право националних мањина да користе свој језик и писмо, под условима и на начин регулисан Уставом и законима (члан 79). У вези са гаранцијама везаним за личну слободу, Устав помиње само језик („језик који разуме“), али не гарантује право на преводиоца нити право на тумача у случају када је лице лишено слободе слепо, глуво или немо (став 2). Због свега тога, питање је да ли права лица лишеног слободе укључују и она права која Устав у овом контексту посебно не помиње, али их изричито гарантује у оквиру права на правично суђење (члан 32 став 2), или је садржај права лица лишеног слободе на употребу језика по садржини и квалитету уже од одговарајућих права у судском поступку?“ Вид.: М. Рајванчић, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Фондација Konrad Adenauer, Beograd, 2009., 37.

⁸³⁷ Члан 32. став 1. Устава Републике Србије.

⁸³⁸ „Право на бесплатног преводиоца (став 2) уколико не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду, као и право на бесплатног тумача ако је слеп, глув или нем важна је гаранција права на правично суђење. Начин на који је Устав дефинисао права везана за коришћење језика (бесплатни преводилац) или другу врсту помоћи у судском поступку (бесплатни тумач за слепе, глуве или неме) начелан је и односи се на све учеснике у судском поступку. У Уставу се користи термин „свако“, из чега следи закључак да се права на бесплатног тумача или преводиоца гарантују свим учесницима у поступку пред судом. Како се ово право непосредно примењује на основу самог Устава, и спада у круг апсолутно заштићених права која не подлежу одступањима, може се поставити питање, којим разлозима се руководио уставотворац када је права, која се иначе гарантују само окривљеном и само у кривичном поступку, прошире на све учеснике у поступку пред судом и на све судске поступке?

Сва права гарантована овим чланом уживају статус апсолутно заштићених права, што значи да не подлежу одступању у време рата или ванредног стања (чл. 202 ст. 4)“. Вид.: М. Рајванчић, *op.cit.*, 44-45.

⁸³⁹ Члан 33. став 1. Устава Републике Србије.

⁸⁴⁰ „Право окривљеног да буде обавештен делу за које се терети, о разлозима оптужбе као и о прикупљеним доказима (став 1). Устав посебно наводи да рок у којем се окривљени обавештава мора бити кратак, али не прецизира у којем року („у најкраћем року“) окривљени има право да буде обавештен о делу, оптужби и доказима. Посебно је гарантовано право окривљеног да о овим питањима буде обавештен на језику који разуме, али Устав изричито не помиње право на бесплатног преводиоца или тумача (упоредити члан 6 став 3е Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода).

Поред посебних гаранција које се односе на употребу језика у кривичном поступку, Устав и начелно једном општом нормом свакоме гарантује право да користи свој језик у поступку пред судом, као и у поступцима пред другим државним органима и организацијама које врше јавна овлашћења, под условом да се у конкретном случају решава или одлучује о његовом праву или обавези (члан 199 став 1).

У овом контексту Устав изричито не наводи органе аутономне покрајине ни органе градова и општина, нити на општи начин упућује на „друге органе“. Како је набрајање таксативно, може се поставити питање дејства уставне одредба о праву коришћења језика пред органима аутономне покрајине и органима градова и општина?

Уставна одредба „право да буде обавештен (...) о разлозима дела за које се терети“ није прецизна. Окривљени може бити обавештен о природи дела за које се терети, а не о разлозима због којих је дело учињено („разлози дела“ како гласи Уставна одредба), јер разлоге због којих је починио дело најбоље зна управо окривљени, и о томе га не треба посебно обавештавати. Окривљени може бити обавештен о разлозима оптужбе која му се ставља на терет (упоредити члан 6 став 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода)“. Вид.: М. Рајванчић, *op.cit.*, 45-46.

Ово уставно право унето је, затим, и у судске процесне законе. У Законнику о кривичном поступку је прописано да су у кривичном поступку у службеној употреби српски језик и ћирилично писмо, а други језици и писма су у службеној употреби у складу са Уставом и законом. Поступак се води на језику и писму који су у службеној употреби у органу поступка, у складу са законом. Странке, сведоци и друга лица која учествују у поступку имају право да у току поступка употребљавају свој језик и писмо, а ако се поступак не води на њиховом језику и ако, након поуке о праву на превођење, не изјаве да знају језик на коме се поступак води и да се одричу права на превођење, обезбедиће им се на терет буџетских средстава превођење онога што они или други износе, као и превођење исправа и другог писаног доказног материјала. Превођење обавља преводилац.⁸⁴¹

Дакле, право на употребу свог језика дато је учесницима у поступку ако не разумеју језик на коме се води поступак, односно, ако не изјаве да знају језик на коме се води поступак.

Субјективно процесно право на употребу језика у поступку злоупотребљава се у кривичном поступку *када учесник разуме језик на коме се води поступак*, али не изјави да га зна, већ изјави да жели да се користи правом на употребу свог језика пред судом, и да захтева да му суд обезбеди преводиоца ради превођења садржине процесних радњи, све у циљу да отежа рад суда и продужи трајање поступка.

Чињеница да учесник у поступку зна језик поступка може се утврдити на много начина (учесник је завршио школе на језику суда, комуницира на том језику са члановима своје породице, са браниоцем, користио је језик суда у ранијој фази поступка, у истрази, и сл.).

Ова процесна злоупотреба препозната је као таква у поступцима пред међународним судовима. Тако, одредба члана 21. став 4. тачка а Статута *ad hoc* Трибунала за бившу Југославију гласи: Приликом пресуђивања о свакој оптужби против оптуженог у складу са овим статутом, оптужени има, са пуном равноправношћу, право на следећа минимална јемства: а) да, на језику који разуме, правовремено и детаљно буде обавештен о природи и разлозима оптужбе против њега...“. У предмету *Тужилац против Делалића и осталих* један од оптужених (Здравко Муџић) тражио је да превод поступка пред судом буде на хрватском језику. „Претресно веће је закључило да права оптуженог из члана 21 (4) (ф) нису прекршена. Одјел трибунала за језичке и конференцијске услуге

⁸⁴¹ Члан 11. Законика о кривичном поступку.

осигурава да све расправе буду симултано превођене на српскохрватски, за оптужене и друге учеснике у поступку. Извештаји два лингвистичка експерта закључили су да су варијанте српскохрватског разумљиве свим грађанима бивше Југославије“.⁸⁴²

На исти начин право на употребу језика у кривичном поступку разуме и Европски суд за људска права.

Тако, у одлуци у предмету *K v. France*, Суд је рекао: „7. Подносилац представке такође тврди да му суд није дозволио услуге тумача како би могао да своју одбрану износи на бретонском језику. ... из одлуке суда је јасно да је подносилац представке рођен и да се школовао у Француској, као и да није имао било каквих тешкоћа да разуме и говори француски језик на коме је поступак вођен. Сасвим је јасно да је право по Конвенцији на помоћ преводиоца наведено у ставу 3 (е) члана 6 примењиво само у случају када окривљени није у стању да разуме или говори језик који суд користи“.⁸⁴³

Такође, ову процесну злоупотребу препознају руски кривични судови и Врховни суд Руске Федерације.

„Тако, у пракси Алтајског окружног суда у оквирима жалбе на пресуду разматран је захтев оптуженог Б. о томе да му се додели преводилац. Одбијајући да задовољи захтев из поднеска суд је указао на следеће. Поступак у случају Б. у првом степену се водио на руском језику. У току прелиминарне истраге пред почетак истражних радњи у присуству браниоца Б. је више пута објашњено право да може да даје исказе на матерњем језику или језику којим говори, и да бесплатно користи помоћ тумача. У току испитивања у својству осумњиченог лица Б. је лично изјавио да добро говори руски језик; да говори руски језик још од детињства, он је студирао на универзитету у Барнаулу, и да му услуге тумача не требају. По његовим речима истражитељ је утврдио да је Б. допутовао у Барнаул 1984. године, а од 1988. године живи у Барнаулу са својом породицом – супругом која је по националности Русиња, и са децом. У породици сви говоре руским језиком. Након тога, ни сам Б. ни његови браниоци нису подносили захтеве да му је потребан тумач и нису писмено тражили да му се постави. Сва објашњења у току саслушања у истрази Б. је давао на руском језику, дајући у записницима својеручне приговоре на руском језику. Он је својеручно водио белешке о упознавању са материјалима кривичног

⁸⁴² А. Баћићанин, С. Дукић, *Проблематика употребе језика и писма у поступцима пред кривичним судовима у Републици Србији*, у: „Злоупотреба моћи“ (уредник: проф. Др Срето Ного), Удружење за међународно кривично право, Београд, 2014., 340-357.

⁸⁴³ Одлука Европског суда за људска права у предмету *K v. France*, представка број 10210/82, 7. децембар 1983. године, DR 35, 203, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 205.

предмета. Б. је од 2000. године држављанин Руске Федерације. Такође, Б. је на рочишту рекао да говори руски језик, и да му услуге тумача нису потребне. И поред тога, у току суђења Б. се активно бранио од оптужбе против њега, одговорио на питања учесника у поступку о суштини. Захтев Б. да му се постави тумач судско веће је оценило као жељу да злоупотреби своје право на коришћење матерњег језика, са циљем да отежа разматрање предмета и доношење судске одлуке“.⁸⁴⁴

Потпуно исти став према овој процесној злоупотреби има и Уставни суд Руске Федерације.

„У својој жалби Уставном суду Руске Федерације грађанин М. В. Череповски је оспорио уставност члана 18 став 2 Закона о кривичном поступку Руске Федерације, који се односи на право учесника у кривичном поступку који не говоре језик на којем се поступак води о употреби матерњег језика и помоћи преводиоца. На основу аргумената из презентованих материјала следи да се М. В. Череповски сматра кривично одговорним за незаконит промет наркотика; током прелиминарне истраге тражио је поднеском учешће преводиоца са ромског на руски језик. Овај захтев је одбијен, уз навођење чињенице да оптужени говори руски језик, јер је рођен и живи од 1968. године у Русији, завршио је четири разреда школе на руском језику, са мајком, љубавницом и двоје деце комуницира на руском језику, положио је испит и добио возачку дозволу, бави се трговином. ... Одбијајући да прихвати на разматрање жалбу, Уставни суд Руске Федерације је посебно истакао: „Неопходност обезбеђивања окривљеном [његових] права (у овом случају – да у кривичном поступку користи свој матерњи језик у току кривичног поступка који се води на руском језику – О.Б.) не искључује то да законодавац има право да установи, у складу са одредбом члана 17 (став 3) Устава Руске Федерације, према којем остваривање права и слобода човека и грађанина не сме да крши права и слободе других лица, такве услове и поступак за остваривање овог права, тако да оно не омета разматрање дела и решавање задатака правосуђа у разумним роковима, као и заштиту права и слобода других учесника у кривичном поступку. [...] Органи прелиминарне истраге, тужилац и суд имају право да својим образложеним одлукама одбију захтев (...) ако се материјалним доказима у предмету потврди да је захтев био резултат злоупотребе права (курзив О. Б.)“.⁸⁴⁵

⁸⁴⁴ М. В. Чебакова, *Понятие злоупотребления правом*, Вестник алтайской науки 2008 №3(3), 116-122.

⁸⁴⁵ О. Я. Баев, „*Злоупотребление правом*“ как уголовно-процессуальная категория, Вестник ВГУ. Серия: Право, 2013. № 2, 336-349.

Нажалост, српски кривични судови нису препознали ову процесну ситуацију као злоупотребу субјективног права на употребу језика у поступку. До чега ова процесна злоупотреба може да доведе најбоље илуструје чланак објављен у дневном листу „Политика“ број 36044 од 15.3.2014. године под насловом „Муке судства у Пријепољу због босанског језика“ аутора Бранка Пејовића. „Судство у Пријепољу за поједине кривичне, прекршајне па и парничне предмете, у чијем поступку житељи овог краја бошњачке националности захтевају преводиоца са српског на босански, већ неколико година нема решење. Суд оставља предмете да мирују, одлаже их, чекајући да се обезбеди овлашћени судски тумач за босански језик. Али њега годинама нема... Нерешени спорови се гомилају и застаревају. У овдашњем основном суду већ је око 60 таквих нерешених предмета, у Прекршајном чак 250. Дешавају се, због „неразумевања језика“, и овакви судски „епилози“: посвађала се пре неколико година двојица на железничкој станици у Пријепољу, па један потегао нож и убо другог, наневши му тешке повреде. Истрага је обављена, оптужница против нападача подигнута, али када је требало да му се суди, окривљени који је бошњачке националности затражио је судског тумача за босански језик. А тумача нема и, наравно, тај предмет сада стоји. Слично је и код крађа, туча... Ово замешатељство око босанског језика оптерећује и успорава рад пријепољских судова, гура их у неажурност.

М.Б., вршилац функције председника Основног суда у Пријепољу, то потврђује, подсећајући да је почетком 2009. године, у складу са законом, на подручју општине у службену употребу, уз српски, ушао и босански језик, будући да је у овдашњем живљу више од 15 одсто Бошњака. „Већ наредне године овде је дошло до првих судских поступака у коме се тражио тумач за босански. Први пут је адвокат бошњачке националности тражио да се поступак води на босанском језику у спору око сукоба присталица Исламске заједнице Србије (Зилкић) са онима који подржавају Исламску заједницу у Србији (Зукорлић). Или да се, уколико суд изабере вођење поступка на српском, њему и његовим клијентима обезбеди овлашћени судски тумач за босански језик са листе Министарства правде, те да им се обезбеди превод списка тог предмета на босански“... Било је овде и случајева ... где је окривљени током истраге давао исказе не тражећи тумача, да би након подизања оптужног акта, кад дође суђење, наједном истакао захтев за босански језик. ... ова пракса око босанског језика у Пријепољу није само бошњачка специјалност, у последње време и поједини Срби понекад траже услуге адвоката Бошњака. Тако и они пред судом захтевају тумача за босански језик, изговарајући се да је потребан адвокату. А све с циљем да се поступак одуговлачи“.

У вези проблема насталог у поступцима пред српским кривичним судовима због злоупотребе субјективног права на употребу језика у кривичном поступку цитираћемо текст дописа Апелационог суда у Крагујевцу кривичним одељењима подручних виших суда. „У допису је обрађено питање кривичног одељења Основног суда у Ужицу: пред Основним судом у Ужицу у току је кривични поступак против лица које има пребивалиште у Ужицу, српске националности, због кривичног дела превара из члана 208. став 3. Кривичног законика. Одбрана за ово кривично дело је обавезна. На главни претрес оптужени је приступио са ангажованим браниоцем из Пријепоља који се изјашњава као Бошњак. На главном претресу бранилац је затражио да се кривични поступак у овом предмету спроведе на српском језику, али да, пошто је он припадник бројно мањинског бошњачког народа, који се служи мањинским босанским као матерњим језиком, тражи да му суд омогући да се са списима предмета упозна на свом матерњем, мањинском босанском језику, којим се иначе служи кад год је то могуће и захтева да суд обезбеди преводиоца за босански језик, како би могао да учествује у поступку посредством преводиоца за босански, који је његов матерњи језик. Бранилац се позива на одредбе Устава, Законика о кривичном поступку и Закона о службеној употреби језика и писама. Иначе, бранилац је образовање стекао у Србији, образовао се на српскохрватском језику, који му је био матерњи, уписан је у регистар адвоката пре него што је босански језик признат у Србији. Како поступити у оваквим ситуацијама, да ли одложити главни претрес и ангажовати преводиоца за босански језик, да ли упозорити браниоца да он познаје српски језик, јер му је то био матерњи језик све до увођења босанског као службеног језика, да је до увођења босанског језика користио српски језик као матерњи језик и у том случају све то констатовати на записнику и наставити главни претрес, или затражити од оптуженог да ангажује другог браниоца, а уколико то оптужени не жели поставити му браниоца по службеној дужности, *јер све ово је усмерено на одуговлачење кривичног поступка?*

Став судија Кривичног одељења Вишег суда у Ужицу: треба констатовати у записнику да бранилац познаје српски језик, да му је то био матерњи језик до увођења босанског језика и наставити главни претрес, а уколико бранилац не жели даље да поступа затражити од окривљеног да изабере другог браниоца или му поставити браниоца по службеној дужности.

Став судија Кривичног одељења Апелационог суда у Крагујевцу: ово питање је већ дуже време актуелно на подручју Апелационог суда у Крагујевцу и то нарочито у поступцима пред Основним судом у Пријепољу, Основним и Вишим судом у Новом

Пазару, а сада и у поступку пред Основним судом у Ужицу, са којим проблемом је упознато Министарство правде, тако да се очекује решење овог питања јединствено за целу територију овог суда, па и за целу Републику.

Одговор Кривичног одељења Врховног касационог суда (ВКС): кривично одељење ВКС упознато је да се од стране Министарства правде предузимају мере како би се на јединствен начин решило ово питање, међутим, до спровођења тих мера судови морају поступати у овим процесним ситуацијама, па се начелно може прихватити став Основног суда у Ужицу, при чему треба имати у виду да одредба члана 11 став 3 ЗКП каже да ће се странке и друга лица изјаснити да ли знају језик на коме се поступак води, па им треба поставити питање да ли знају српски језик, те уколико знају то констатовати на записнику и наставити вођење поступка на српском језику⁸⁴⁶.

Одговорачење кривичног поступка, као недозвољени процесни циљ, може се постићи и вршењем других злоупотреба субјективних процесних права одбране, као што су несразмерно или неразумно или противциљно предлагање од стране одбране

⁸⁴⁶ Допис Апелационог суда у Крагујевцу I Су/5/1-14 од 19.5.2014. године упућен председницима кривичних одељења подручних виших судова који садржи одговоре на спорна питања Апелационог суда у Крагујевцу, виших судова и основних судова са подручја тог Апелационог суда, усвојене на заједничком састанку судија кривичног одељења тог Апелационог суда и судија Врховног касационог суда од 14.5.2014. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

извођења доказа великог броја сведока, достављање суду од стране одбране на одлуку огромног броја захтева,⁸⁴⁷ молби или других писмена, и сл.^{848, 849, 850}

У кривичнопроцесном систему Руске Федерације најчешћа процесна злоупотреба одбране којом се одуговлачи кривични поступак јесте упознавање окривљеног и његовог

⁸⁴⁷ „Отсуство у кривичнопроцесном закону услова, основа и поступка за подношење захтева, разматрања и решавања поновљених захтева за издвајање доказа ствара ситуацију када више пута поновљени захтеви исте врсте могу довести не само до продужавања судског поступка пред првостепеним судом, већ и до тога да овај поступак не може да се оконча. Тако, првобитни захтев за издвајање доказа може да се поднесе у припремној фази суђења пред првостепеним судом, а затим може да се понавља у току суђења, у расправи и репликама странака, у завршној речи окривљеног. У овом случају, у свакој фази поступка може се више пута поновити, без икаквих ограничења. Законик о кривичном поступку Руске Федерације не садржи никакву забрану за виšekратно понављања овакве врсте захтева за издвајање доказа у случају одбијања да се прихвати претходни захтев. Могућност понављања таквих захтева не спречава ни то што се они стално подnose уз позивање на исте околности. Практично, могућност подношења поновљених захтева за издвајање доказа није ничим ограничена, што у пракси може да доведе до тзв. злоупотребе права – у овом случају права на поновно подношење захтева. На пример, са намером да се одуговлачи поступак, одређени учесник у кривичном поступку може стално да понавља захтеве, па самим тим и основане, који су размотрени у складу са законом и о којима је суд донео основану одлуку. На тај начин, исти захтев за издвајање доказа може прво да поднесе један од учесника, усмено, а потом у писменој форми, након чега захтев може да понови други учесник исте стране, како усмено, тако и писмено. Облик и последице ових захтева могу да буду различите, а одуговлачење поступка њиховим подношењем може да буде практично бесконачно, ако за то постоји воља и жеља неке од странака. У таквим случајевима понашање учесника у кривичном поступку, који више пута подноси захтеве за издвајање једног истог доказа, у потпуној је сагласности са оквирима норми Законика о кривичном поступку Руске Федерације, и као такво је законито“. Вид.: Л. Д. Калинкина, *К вопросу о злоупотреблении правами и их недобросовестном использовании в уголовном судопроизводстве*, Адвокат. 2010. N 4. 5-9.

⁸⁴⁸ „Злоупотреба постоји онда када странка користи своје право на одбрану на тај начин што се одлучује више пута за исте радње у поступку без основна, а све са циљем да се пролонгира доношење одлуке. Овакво понашање има за циљ да изазове моралну штету другој страни у смислу да странка сматра да се крши њено уставно право на суђење у разумном року. Да би се овакве ситуације спречиле, тј. да би се спречила злоупотреба права, потребно је да суд анализира све акте које подnose стране у поступку јер само такво анализом процесног односа суд може разматрати да ли у таквим радњама постоји намера да се злоупотреби право тј. да се одуговлачи поступак. Овакве радње треба да се спрече кроз кажњавање ради накнаде моралне штете настале на страни која трпи од злоупотребе права, јер треба напоменути да је велики број оних који због злоупотребе неправедно дуго чекају окончање поступка“. Вид.: С. С. de Castro Coutinho: *Efetivação do princípio da celeridade mediante a coibição do abuso processual*, *elektronski izvor, dostupno na <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6314/Efetivacao-do-principio-da-celeridade-mediante-a-coibicao-do-abuso-processual>*, pristup 5.10.2014.

⁸⁴⁹ „Често браниоци чине злоупотребе при подношењу поднесака. Закон о кривичном поступку Руске Федерације не ограничава браниоца ни бројем, ни трајањем, ни основом за подношење поднесака. Као резултат тога, несавесни адвокати подnose мноштво поднесака, укључујући и оне које је суд већ у више наврата размотрио“. Вид.: С. А. Гордейчик, *Злоупотребление правом на защиту*, Законность 2006 № 12, 6-Я.

⁸⁵⁰ Тако: „О злоупотреби права и њиховом несавесном остваривању било је речи и у захтеву државног тужиоца Ш. у кривичном поступку против Г. током суђења у Леџиновом окружном суду у граду Саранску.

У прилог својих тврдњи о несавесном коришћењу законом установљених права и њиховој злоупотреби од стране браниоца, тужилац је указао на вишеструко подношење од стране браниоца захтева за издвајање доказа записника о претресу – више од 30 пута, као и на његове бројне захтеве – укупно више од 400.

На тај начин, наведена активност и марљивост адвоката – браниоца током суђења у употреби законом дозвољених средстава за остваривање права и законитих интереса оптуженог – окривљеног Г., била је од стране тужилаштва квалификована као злоупотреба права и несавесност у њиховом коришћењу“.

Вид.: Д. А. Казацкер, *Злоупотребления стороной своими правами в рамках уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты*, Журнал „Воронежский адвокат“ № 7, 2012 г.

браниоца са материјалима кривичног предмета, које у неким случајевима траје годинама.⁸⁵¹

С обзиром да су у српском Законнику о кривичном поступку процесна злоупотреба и одуговлачење поступка синоними, законодавац је предвидео мере за спречавање одуговлачења поступка. Тако, прописано је да ће [судеће] веће изрећи *опомену* браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка. О неблаговременом или неодговарајућем поступању јавног тужиоца или лица које га замењује, а којим се проузрокује одуговлачење поступка, председник већа ће известити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама. Председник већа обавестиће надлежну адвокатску комору о опомени изреченој адвокату због одуговлачења поступка, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама.⁸⁵²

4. Злоупотребе процесних права суда у кривичном поступку

Међу субјектима кривичног поступка суд има водеће место. Ова позиција је одређена чињеницом да је суд позван да решава основна питања кривичног поступка, одлучује о спору између странака, утврђује да ли је лице криво у односу на то за шта је оптужено, а ако се то потврди изриче одговарајућу казну. Суд ствара неопходне услове да би стране у поступку могле да испуне своје процесне обавезе и остваре права која су им дата.⁸⁵³

⁸⁵¹ „Ако је за истражитеља процесна обавеза да, када огласи крај прелиминарне истраге, предочи окривљеном ради упознавања све материјале кривичног предмета, за оптуженог и његовог браниоца упознавање са материјалима кривичног предмета – је право, а за адвоката браниоца – још и процесна дужност, чије испуњење он не може да одбије.

Врло је чест случај да упознавање са материјалима кривичног предмета (чак и мале величине) траје више месеци, у неким случајевима – и година. Одбрана покушава да „достигне“ наступање застарелости кривичног гоњења, да натера истражитеља да измени или укине меру притвора, покушава да доведе тужилаштво да направи уступке: да из обима оптужбе без основа искључи неку од радњи извршења дела. Постоје и други мотиви злоупотреба: „освета“ службеним лицима за радње које су предузели на основу својих службених овлашћења, за њихов принципијелни, бескомпромисни став о случају, дезорганизација њиховог рада, стварање привида „активне одбране“ у очима клијента, итд.

Истраживање истражитеља истражне јединица Удмуртске Републике открило је да је одуговлачење поступка упознавања са материјалима кривичног предмета један од најчешћих и најопасних повреда кривичног процесног права“.

Вид.: А. Н. Игнатъев, *Ознакомление стороны защиты с материалами уголовного дела: как гарантировать реализацию права и пресечь злоупотребления?*, Журнал Адвокатская практика №5 – 2012.

⁸⁵² Члан 374. Законика о кривичном поступку.

⁸⁵³ О. И. Даровских, *О злоупотреблении правом суда при реализации им своих дискреционных полномочий в уголовном судопроизводстве*, Вестник ЮУрГУ. Серия „Право“, 2013, т. 13, № 1, 30-35.

У теорији је донекле спорно да ли суд уопште може да изврши злоупотребу права. Ова дилема проистиче из тезе да странке у поступку имају процесна права, а суд процесна овлашћења. Тако, Д. Крапац сматра да злоупотребу права у кривичном поступку могу да учине обе странке, те неки други учесници у поступку (нпр., оштећени).⁸⁵⁴

С друге стране, према мишљењу Б. Павишића злоупотребу права у кривичном поступку могу да учине сви његови учесници. Према његовом мишљењу, злоупотребе права судије јесу све радње у којима је садржана обмана (процесне клопке, варке и слична поступања), док су типичне злоупотребе процесних права јавног тужиоца подношење оптужбе без ваљане основе, наставак кривичног гоњења у случају када нема законских услова, али и одбацавање пријаве или одустајање од кривичног гоњења, манипулисање са покретањем поступка, итд.^{855, 856, 857}

Већ смо објаснили да, са наше тачке гледишта, у оквиру кривичнопроцесног односа између процесних права физичких лица и процесних овлашћења државних органа учесника у кривичном поступку нема разлике. Злоупотребе права могу учинити сви учесници у кривичном поступку, па и суд. Јер, увек када постоји право, овлашћење прописано правном нормом (објективним правом) може доћи до злоупотребе.

Међутим, кривичнопроцесне злоупотребе суда је понекад, из разлога које смо већ навели, врло тешко квалификовати као такве. У пракси је често тешко разликовати злоупотребу, свесно поступање суда кршењем принципа вршења субјективних процесних права и тиме шкођење поступку и другим процесним учесницима, од незнања, аљкавости, површности.⁸⁵⁸

⁸⁵⁴ Каже: „Злоупотријeбити право на подузимање процесне радње могу обје странке, те неки други судионици (нпр. оштећеник) у казненом поступку“. Вид.: Д. Крапац, *Казнено процесно право, Прва књига: Институције*, V. изменјено и допуњено издање, Народне новине д.д., Загреб, студени 2012., 277-278.

⁸⁵⁵ В. Павишић, *Коментар закона о казненом поступку*, Душевић & Кршовник д.о.о., Ријека, 2011., 103-104.

⁸⁵⁶ О процесним злоупотребама парничног суда вид.: S. A. Behm, *A boa-fé como critério para aferição do abuso do direito processual*, Universidade federal do Paraná, Curitiba 2012., електронски извор, доступно на: https://www.academia.edu/2459557/A_boa-fe_como_critério_para_afericao_do_Abuso_do_Direito_Processual, приступ 5.10.2014.; види такође: F. C. Muñoz, *La simetría de la relación adjetiva civil y el abuso procesal de los jueces*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre) [pp. 325 - 341].

⁸⁵⁸ „Да ли се ради о злоупотреби права није увек лако утврдити, јер се некад ради о злоупотреби, а некад о повредима које су противправне или нису намјерне“. Вид.: Д. Радловић, *Ефикасност кривичног поступка и њен утицај на сузбијање криминалитета*, ЈРКК (Југословенска ревија за криминологију и кривично право), Vol. 35. Br. 2-3, мај – децембар 1997., 165-181.

4.1. „Преусмеравајуће“ злоупотребе кривичног суда (злоупотреба права на преношење месне надлежности)

У процесноправној теорији постоји термин „преусмеравајуће“ процесне злоупотребе, која је усмерена на измену, изигравање редовне месне надлежности суда, и заснивање друге. Она се чини у ситуацији када учеснику у поступку из било којег разлога није у интересу да конкретну ствар суди суд којем та ствар припада према одредбама процесног закона о стварној и месној надлежности, већ други суд. Злоупотреба је примарно везана за парнични поступак. Врши се тако што се тужба усмерава против туженог (чије је пребивалиште на територији месно и стварно надлежног суда чија се надлежност жели избећи), али и против другог лица, туженог који живи на територији стварно надлежног суда чију месну надлежност тужилац жели да заснује злоупотребом. Тужба се предаје суду по месту пребивалишта другог туженог (који чак може да буде и измишљено лице). Након упуштања првог (стварног) туженог у поступак, тужилац ће повући тужбу против „другог туженог“, али ће остати у спору са туженим пред судом који, по редовном току ствари, не би требало да суди ту ствар.

Да ли су „преусмеравајуће“ процесне злоупотребе могуће у кривичном поступку? Јесу, могуће су, и увек се чине од стране првостепеног кривичног суда.

То ће бити случај када се врши злоупотреба споредног, претходног поступака, поступка унутар главног поступка, поступка од исхода којег зависи надлежност суда, који служи за припрему, „кориговање“, усмеравање главног поступка. То је избор поступка као *средства* којим би се скренуо нормалан редослед надлежности. Таква је злоупотреба поступка за делегацију другог месно надлежног суда.

Без обзира од којег учесника у поступку је иницирана, од суда или од другог учесника, увек захтева учешће суда у злоупотреби. Ова злоупотреба врши се када судије првостепеног суда, из било којег личног или колективног разлога, не желе да поступају у конкретном кривичном предмету. Злоупотреба се чини тако што председник првостепеног суда, по унапред договореним или изнуђеним захтевима за изузеће евентуалних поступајућих судија, изузима, једног по једног, све судије кривичног одељења, а затим се од непосредно вишег суда тражи и добија делегација другог стварно надлежног суда са образложењем да у месно надлежном суду нема судије који би могао да суди конкретну кривичну ствар. Овде се вештачки конструишу околности које изазивају сумњу у непристрасност судије,⁸⁵⁹ а затим се, на основу одредбе процесног

⁸⁵⁹ Члан 37. став 2. Законика о кривичном поступку.

закона у којој је наведено да ће судија, ако сматра да постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност, обавестити о томе председника суда,⁸⁶⁰ и одредбе у којој је наведено да, кад је надлежни суд из правних или стварних разлога спречен да поступа, дужан је да о томе извести непосредно виши суд, који ће решењем одредити други стварно надлежни суд на свом подручју; против овог решења жалба није дозвољена⁸⁶¹ – тражи и добија делегација другог стварно надлежног суда. Сврха злоупотребе је избегавање судија суда да суде у конкретној кривичној ствари за коју је месно надлежан тај суд, елиминисање те кривичне ствари из суда и уступање другом стварно надлежном суду ауторитетом више инстанце.

Тако, Виши јавни тужилац у Чачку подигао је оптужницу против Љ.М. због кривичног дела злоупотреба службеног положаја из члана 359. став 3. Кривичног законика (КЗ). Након подизања оптужнице судије кривичног одељења Вишег суда у Чачку су се обратиле председнику суда, тако, судија М.Р је поднеском од 19.12.2012. године обавестила председника суда да је након увида у списе предмета истраге против опт. Љ.М. Ки. 33/10 утврдила да је у том предмету поступала као истражни судија до 1.8.2010. године, у том својству испитала је сведоке и донела наредбу за вештачење, што су разлози за њено изузеће као претресног судије. Такође, судија С.З. је поднеском Ки. 33/10 од 24.1.2013. године обавестила председника суда да је у предмету истраге Вишег суда у Чачку Ки. 33/10 против окр. Љ.М. поступала као истражни судија од септембра 2010. до окончања истраге, те да је то разлог за њено изузеће као првостепеног судије. Такође, судија Б.П. је поднеском К. 72/12 од 25.1.2013. године обавестио председника суда да је током рада у Општинском суду у Чачку у току 2005. године био распоређен у извршно одељење, где је поступао као извршни судија, у предметима извршења предузећа „Технос“ из Чачка, у свим предметима овог предузећа Љ.М. је заступала интересе радника предузећа, у својим бројним притужбама Општинском суду у Чачку окр. Љ.М. је више пута истицала да изражава сумњу у његову непристрасност, односно, он је стекао одређену врсту предубеђења, те сматра да постоје разлози за његово изузеће из предмета К. 72/12 јер постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност. Председник Вишег суда у Чачку у јануару 2013. године донео решења којима је изузео од вршења судијске дужности у кривичном предмету Вишег суда у Чачку К. 72/12 судије тог суда С.З., Б.П. и М.Р. Затим се дописом од 28.1.2013. године обратио Апелационом суду у Крагујевцу са предлогом да тај суд одреди други стварно надлежни суд на свом подручју за поступање у наведеном кривичном предмету Вишег суда у Чачку, у допису

⁸⁶⁰ Члан 38. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁸⁶¹ Члан 32. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

је навео да су судије М.Р., С.З. и Б.П. правноснажним одлукама председника суда изузете од вршења судијске дужности у том предмету, да је након тога одржана седница кривичног одељења тог суда на којој су све судије кривичног одељења предложиле председнику суда да од Апелационог суда у Крагујевцу затражи одређивање другог стварно надлежног суда за поступање у овом кривичном предмету, а остале судије Вишег суда у Чачку (С.Л., Г.Т. и председник суда А.В.) поступају искључиво у грађанској материји, тако да њихово евентуално поступање у овом кривичном предмету сигурно не би могло да обезбеди потпуно поштовање свих начела кривичног поступка.

Поступајући по овом допису Апелациони суд у Крагујевцу је одлуком Кр. 2/13 од 31.1.2013. одредио Виши суд у Краљеву за вођење кривичног поступка против окр. Љ.М. из разлога што је Виши суд у Чачку из правних разлога спречен да поступа у том предмету.⁸⁶²

На овај начин се поступа од доношења српског Законика о кривичном поступку из 2011. године, којим је тај кривичнопроцесни систем уведена тужилачка истрага и судија за претходни поступак.

У току важења ранијег Законика о кривичном поступку (из 2001.), по чијим одредбама је постојала судска истрага и истражни судија, правни или стварни разлози који спречавају надлежни суд да поступа у конкретној кривичној ствари „стварани“ су тако што су све судије кривичног одељења надлежног суда у току истраге обавиле по једну истражну радњу, што их је чинило неподобним за касније поступање по том предмету у фази суђења. Након подизања оптужнице судије кривичног одељења месно надлежног суда би се, опет, обратиле председнику суда и обавестиле га да постоје правни разлози за захтевање делегације предмета (поступка) другом стварно надлежном суду, јер у месно надлежном суду нема судија које могу да поступаје у конкретном предмету.⁸⁶³

4.2. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране првостепеног суда

У досадашњим излагањима већ смо изнели неке од примера злоупотребе процесних права првостепеног суда.

⁸⁶² Види списе предмета Вишег суда у Краљеву К. 17/13. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

⁸⁶³ Види предмет Вишег суда у Краљеву 2К. 234/10, те пресуду под истим бројем од 21.5.2012. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

По нашем мишљењу, најчешће злоупотребе процесних права првостепеног суда везане су за право суда да окривљеном одреди, односно продужи притвор. Посматрано по виду то су најчешће злоупотребе неразумним вршењем процесног права (када у процесној радњи, одлуци суда нема стварних разлога за такво вршење права).

Дакле, злоупотреба неразумним вршењем субјективног процесног права суда на одређивање или продужење притвора против окривљеног постоји увек када се суд у одлуци паушално позове на законску одредбу (апстрактно право), не дајући у конкретном случају разлоге због чега је тако одлучио.

На исти начин, у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Adamiak v. Poland*, Суд је рекао:

„33. Суд примећује да су у овом случају органи оправдали продужавање притвора природом кривичног дела и тежином запрећене казне, сложеношћу предмета, те ризиком од бекства притвореника и сметњама по правилан ток спровођења правде.

34. Суд сматра да су ови разлози у почетку могли бити довољни за оправдавање његовог притвора. Међутим, временом, они су нужно постајали мање релевантни те су само заиста нужни разлози могли убедити Суд да је дуготрајно лишење слободе (отприлике пет година) било оправдано у смислу члана 5 став 3.

35. Суд не уочава ниједан такав разлог у овом предмету и констатује да су домаће правосудне власти одбациле захтев за пуштање на слободу подносиоца представке и продужиле му притвор, у основи из истих разлога који су и претходно наведени. Суд примећује и да су током читавог поступка, судије образлагале своје одлуке сложеним карактером предмета, посебно истичући тежину казне која је запрећена због природе кривичних дела за која се конкретно лице терети.

36. Суд подсећа да, у вези с тим, у светлу установљене судске праксе, постојање чврсте сумње о учешћу неког лица у извршењу тешких кривичних дела и изгледи изрицања тешке казне, сами по себи, не могу бити оправдање за дуго трајање притвора...

37. Са становишта Суда, између осталог, чињеница да се, по свему судећи, поступак односио на организовану криминалну групу неоспорно представља чинилац који подразумева да су истраге сложеније и дуже. Тиме се, ипак, не би могао оправдати притвор у трајању од пет година...

38. Стога, Суд закључује да разлози које су навели домаћи судови у својим одлукама нису били довољни да оправдају држање у притвору подносиоца представке током периода у питању.

39. Дакле, постојала је повреда члана 5 став 3 Конвенције⁸⁶⁴.

Пример за злоупотребу несразмерним вршењем права од стране суда јесте када окривљеном одреди притвор, иако се обезбеђење његовог присуства у поступку, у конкретном случају, могло постићи и блажом мером (полагањем јемства и останком окривљеног на слободи).

Суд врши злоупотребу непримереним вршењем права када, у конкретном случају, својом одлуком тако организује суђење да, услед претерано дугог трајања суђења, доведе оптуженог у стање смањене физичке и менталне отпорности, слабљења његове позиције и немогућности да се, и поред присуства формалне одбране у поступку, ефективно брани од оптужбе (а могао је да га организује и другачије, на начин који је мање тегобан за оптуженог).

Ова процесна ситуација описана је одлуци Европског суда за људска права у предмету *Makhfi v. France*.

„34. Суд примећује да је у овом предмету подносилац представке био оптужен за силовање и крађу, у стицају и у поврату и да је био изведен пред поротни суд.

35. Рочиште пред поротним судом се наставило 4. децембра у 9.15. Тог дана су расправе одржаване од 9.15 до 13.00, затим од 14.30 до 16.40, па од 17.00 до 20.00 и од 21.00 до 00.30. Приликом тог последњег прекида, бранилац подносиоца представке је уложио захтев за прекидање расправе, позивајући се на права одбране.

36. Пошто је суд одбацио тај последњи захтев, расправа је настављена 5. децембра у 1.00 ујутро и трајала је све до 4.00.

37. Суд према томе примећује да је бранилац изнео своју одбрану пред судом током наставка расправе у 4.25, након колеге који је бранио другог оптуженог, око 5.00 ујутро, после укупног трајања расправе од 15 часова и 45 минута. Оптужени, међу којима је био и подносилац представке, су последњи имали реч.

38. Расправа је продужена у току тог дана и трајала је укупно 17 часова и 15 минута, после чега се суд повукао на већање. Суд још бележи да су поротни суд, судије и поротници већали између 6.15 и 8.15, 5. децембра ујутро. Подносилац представке је на крају осуђен на осам година строгог затвора.

39. Суд подсећа да је већ изнео мишљење о томе да је стање преморености морало довести оптужене у стање смањене физичке и менталне отпорности у тренутку када су приступили расправи која је за њих била веома важна, с обзиром на тежину кривичних

⁸⁶⁴ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Adamiak v. Poland*, представка број 20758/03, 19. децембар 2006. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 101.

дела због којих су били оптужени и на висину казне која им је била забрањена. Упркос помоћи њихових бранилаца, који су имали прилику да изнесу своје аргументе, та чињеница, која је сама по себи за жаљење, је без икакве сумње ослабила њихову позицију у једном кључном тренутку, када су им били потребни сви њихови капацитети да би се одбранили, а нарочито да би се суочили са саслушањем од почетка расправе и да би могли да се делотворно саветују са својим браниоцима.

40. Суд је мишљења да је од највеће важности да не само оптужени, већ и њихови браниоци могу да прате расправу, да одговарају на питања и да износе одбрану када се не налазе у стању преморености. Исто тако, битно је да судије и поротници буду у потпуности способни за концентрацију и пажњу, како би могли да прате расправу и да изрекну адекватну пресуду.

41. Суд сматра да се та ситуација десила у овом предмету. Суд сматра да поменути услови ... не могу одговорати захтевима правичности поступка, а нарочито не захтевима за поштовање права на одбрану и за равноправност странака пред судом.

42. Према томе, постојала је повреда члана 6 став 3 Конвенције, у вези са ставом 1⁸⁶⁵.

Суд чини неправичну злоупотребу права-дужности на доношење одлуке када не донесе одлуку о предлогу битном за одбрану оптуженог (злоупотреба нечињењем, пропуштањем).

Тако, у одлуци Европског суда за људска права у предмету *Georgios Papageorgiou v. Greece*, наведено је:

„37. ... овај предмет се не односи на неуступање доказа, већ на одбијање доношења одлуке којом би се наложило подношење оригиналних докумената које је оптужба користила као доказе у поступку. Ни у једној фази поступка судови који су поступали у овом предмету нису могли да испитају делове извода из рачунарске базе банкарских података или оригиналне чекове, као ни да испитају да ли приложене копије одговарају оригиналима. Даље, првостепени суд је наложио уништавање чекова, претпостављајући да су кривотворени, а то су били кључни докази на суђењу подносиоцу представке. Осуда подносиоца за дело преваре је у великој мери управо била заснована на копијама чекова у питању. Такође је очигледно из пресуде Апелационог суда да су употребљена средства којима је извршена превара били чекови и рачунар, који је био неопходан да би се изменили подаци из централног компјутера банке. У тим

⁸⁶⁵ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Makhfi v. France*, представка број 59335/00, 19. октобар 2004. године, објављено у: Dž. Mekbrajd, *op.cit.*, 212-213.

околностима, Суд сматра да је подношење оригиналних чекова било неопходно за одбрану подносиоца, будући да би му то омогућило, као што је и сам истакао, да покаже да је налоге за плаћање у питању издало друго запослено лице у банци, што би обавезало судије да закључе да су оптужбе о превари биле неосноване.

39. С обзиром на чињеницу да, упркос његовим поновљеним захтевима, кључни доказ није био адекватно изведен и разматран у присуству подносиоца представке на суђењу, Суд закључује да поступак у питању, разматран у целости, није задовољио захтеве правичног суђења⁸⁶⁶.

4.3. Злоупотребе процесних права у кривичном поступку извршене од стране другостепеног суда

Уколико се пред другостепеним судом држи главни претрес, тај суд може да изврши све процесне злоупотребе које може да изврши првостепени суд.

Међутим, другостепени суд је жалбени суд. За другостепени суд су претежно „резервисане“ процесне злоупотребе неразумним вршењем права. Суд то чини када доноси одлуке (врши потестативна субјективна процесна права) у којима или нема разлога зашто је право вршено (нпр., другостепени суд је укинуо првостепену пресуду и предмет вратио првостепеном суду на поновно суђење; међутим, у образложењу одлуке није навео ниједну реч о томе зашто је изузео из поступка првостепени суд који је донео укинуту пресуду), или је навео разлоге, али су они неразумљиви са аспекта објективног разума (пресуда се укида због техничке грешке у куцању, која је, наводно, чини у тој мери неразумљивом да је морала бити укинута).

У теорији је скренута пажња на облик злоупотребе неразумним вршењем процесног права кроз тзв. „став“, упутство највише судске инстанце у кривичном поступку о разрешењу конкретне процесне ситуације пред првостепеним судом, али на незаконит начин, који став након тога, кроз судску праксу, постаје преседан, правило понашања за првостепене судове. Таквим процесним злоупотребама се, практично, déroгира процесни закон.⁸⁶⁷

⁸⁶⁶ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Georgios Papageorgiou v. Greece*, представка број 59506/00, 9. мај 2003. године, објављено у: *Dž. Mekbrajd, op.cit.*, 243.

⁸⁶⁷ „Пошто је виртуелна реалност у већој мери подложна манипулацијама од „стварног живота“, требало би указати на феномен изазваних судских грешака, које се јављају као последица намерног извртања процесне форме, ради тенденциозног ограничавања или проширивања информација, које долазе до судије. Не ради се о грешкама појединих судија, већ о незаконитим ставовима које заузимају виши судови.

Тако, у одлуци Касационог већа Врховног суда Руске Федерације од 24. фебруара 1998.г., у случају К., одбрани је замерено што је „окривљени током суђења више пута скретао пажњу пороти на дозвољавање, по његовом мишљењу, повреде при прибављању и обезбеђивању доказа“. Међутим, као што је навело Касационо веће, „у случају пријављивања од стране оптуженог незаконитих радњи истражитеља, које су

Злоупотреба неразумним вршењем процесног права од стране другостепеног суда није вршење права, већ процесна самовоља, самовлашће. Ово су најопасније процесне злоупотребе јер су учињене од стране највише инстанце. Како је речено, најгори примери кривичнопроцесних злоупотреба су оне учињене од стране оних који знају да изнад њих нема контроле.⁸⁶⁸

утицале на садржај прикупљених доказа, настало процесно питање мора да решава искључиво професионални судија, без пороте... Процесни моменти саслушања осумњиченог и оптуженог не односе се на чињенично стање предмета и стога не могу да буду предмет истраживања уз учешће пороте“.

Овај необичан став, копиран у десетинама других ожалбених одлука, служио је и даље служи као основ за укидање највећег броја ослобађајућих пресуда, по аналогији.

На пример, након разматрања 2003.г. у граду Барнаул Алтајски Крај, случаја И. „председавајући је усвојио захтев одбране за обелодањивање изјаве И. дате пред поротом, против начелника Октобарског градског одељења унутрашњих послова о томе да су га полицајци тукли, ставили му у цепове сакоа и фармерица предмете, налик на гранату, и откривање података о повредама које је задобио И“. Због тога је ослобађајућа пресуда укинута и предмет враћен на поновни поступак. Слична одлука донета је у Врховном суду Руске Федерације 5. марта 2003.г. при разматрању пресуде Окружног суда у Москви у случају Т., који је „приликом саслушања раније осуђеног у наведеном предмету К. поставио питање да ли су према њему (К.) биле примењене незаконите методе истраге, што је овај потврдио“. Одбрани је у предмету Титов стављено на терет чак и то што је „адвокат... изразио сумњу у сведочење сведока Перепелкина, тврдећи да га је дао речима истражитеља“.

Вид.: С. А. Пашин, *Проблема судебной ошибки*, електронски извор, доступно на <http://artshamardin.narod.ru/files/students/sudoustr/article/25.doc>, приступ 19.4.2014.

⁸⁶⁸ „У том случају, више него о злоупотреби поступка могли бисмо да говоримо о злоупотреби улоге у поступку, али са појашњењем: најгори примери злоупотребе поступка су они који су учињени од стране оних који знају да изнад њих нема контроле. ... могли бисмо да кажемо да је то један савршен процесни злочин“. Вид.: Р. Corso, *Esposizione autorizzato prof. Piermaria Corso*, Seminario di studio “L'abuso del processo” del 9 novembre 2012., Camera Penale Veneziana “Antonio Pognici”, Bollettino 2013 primo numero speciale.

Глава V

ПРЕВЕНЦИЈА КРИВИЧНОПРОЦЕСНИХ ЗЛОУПОТРЕБА

Свака злоупотреба процесних права представља укупност недопуштеног, незаконитог понашања (чињења или нечињења), последице коју оно узрокује, и психичког односа учиниоца злоупотребе који повезује радњу и последицу.

Зато се „онемогућавање“ злоупотребе односи како на онемогућавање, спречавање радње кривичнопроцесне злоупотребе, тако и на елиминацију, санирање њене последице.

Прво се односи на превенцију,⁸⁶⁹ онемогућавање вршења радње кривичнопроцесне злоупотребе.

Друго се односи на санирање последица процесне злоупотребе и процесну одговорност извршиоца злоупотребе процесног права (за злоупотребу важи правни режим који важи и за кршење права, прекршај) и санирање процесне и других штета причињених злоупотребом.

У овој глави рада бавићемо се превенцијом кривичнопроцесних злоупотреба.

Превенција злоупотреба процесних права у кривичном поступку може се посматрати као: 1) нормативна, и 2) судска.⁸⁷⁰ Истовремено (с обзиром да је превенција

⁸⁶⁹ Превенција (н. лат. *praeventio*), предупредивање, предупредјење, спречавање, предухитривање; побијање примедба за које се претпоставља да би их супротна страна могла навести; предубеђење, предрасуда; раније учињена опомена; прав. стављање у притвор, притварање, притвор. М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, „Просвета“ Београд, 757.

Превенирати (лат. *praevenire*), претећи, предупредити, предупредјивати, спречити, предухитрити, доскочити; предвидети, предвиђати; раније обавестити, скренути пажњу на време. М. Вујаклија, *Ibid.*

⁸⁷⁰ „По мом мишљењу постоје три нивоа у којима се може djelovati како би се сузбила могућност злоупотребе одређених процесних права.

Као прво то је djelovanje са стране законодавца. Сматрам да је садашњи Закон о парничном поступку конципиран тако да изузетно погодује туžенику односно дуžнику. Мислим да би било тко од мојих колега у сваком случају радије прихватио положај заступања туžеника у некој парници него заступања туžитеља баš због тога јер је, да се изразим лаички – туžеник „*заштићен k'o медвјед*“. Туžеник може у једном поступку непрестано износити нове приговоре, нове приједлоге, у пракси тражити рокове за очитовања, па не поштивати те рокове које му суд одреди, поновно тражити рокове за конзультације са странком, предлагати неке свједоке до којих се не може доћи, опструирати доставу туžбе и на тај начин опструирати сам почетак тјјека парнице. Сматрам да је нужно мијенјати ZPP тако да смањи могућности злоупотребе процесних овлаштенја поготово у односу на туžеника.

Други момент је djelovanje суда. Овдје говорим претежно о суду у Загребу, па ёу изнијети пар позитивних примјера. Недавно смо добили у канцеларији рјешење којим је суд казнио туžеника због тога што је, након што му је суд доставио налаз вјештака и одредио рок у којем га позива да стави своје примједбе и приговоре на налаз, туžеник своје примједбе и приговоре на налаз изнио свега неколико дана прије расправе па је суд закључио да је то процесна диспозиција којом туžеник заправо само жели одуговлачити поступак и услједило је казнјаванје туžеника казном од 3.000,00 kuna. Сврховитост те казне је с друге стране упитна јер се у случају жалбе опет поступак одуговлачи. Сучи у Загребу су у задње вријеме почели користити овласти које им даје ZPP па налажу странкама да у одређеном року учине одређену процесну радњу (било да је то предлагање доказа, било да је то уплата неког предужја за вјештачење, и сл.), у противном се доказ односно та процесна радња више неће извести. Дакле, ту су судови у послједње вријеме почели коначно користити овласти које им закон даје. Недавно сам на једном малом

само једна стана, антопод у односу, оба појма (и закон и судска пракса) могу да се посматрају (ако се поступа без свести о проблему који се изучава) као инкубатор, фактор могућности за процесне злоупотребе.

1. Нормативна превенција злоупотреба процесних права у кривичном поступку

1.1. Забрана злоупотребе права на нивоу Устава

Не треба посебно говорити о томе да законодавац има негативан став према злоупотреби права. Злоупотреба права је забрањена (недопуштена).

Зато се превенција злоупотребе права примарно чини на законодавном нивоу.

Злоупотреба права је самостална, специфична и независна правна категорија, која хоризонтално и вертикално повезује све гране правног система. Проблем развијања појма и карактеристика злоупотребе права испољава се као глобални међу-грански проблем правне науке.⁸⁷¹ Стога би први и примарни ниво регулисања, односно забране злоупотребе права требало да буде ниво Устава.

Устав Републике Србије из 1990. године садржао је одредбу у којој је наведено „Злоупотреба слобода и права човека и грађанина противуставна је и кажњива, онако како је то законом предвиђено“,⁸⁷² чиме се правни систем Србије, конципиран тим Уставом, убрајао у ретке правне системе који изричито, на највишем нивоу нормативног регулисања познају, забрањују и санкционишу злоупотребу права („Злоупотреба ... права ... противуставна је и кажњива“).

sudu van Zagreba doživio da u parnici za naknade štete, je nakon promjene raspravnog vijeća sudac postupio sukladno ZPP-u i odbio tuženikov prijedlog da se već izvedeni dokazi izvode iznova pa je je sudac, što me začudilo, postupio sukladno ZPP i odlučio da se ti dokazi neće ponovno izvoditi već da će se pročitati dokzazi u spisu. Nažalost, mislim da nema puno sudaca koji bi imali hrabrosti odlučiti baš na takav način.

Treći čimbenik je, po mom mišljenju stav viših sudova – ja se sjećam (ja sam u tom poslu već 15 godina) na početku moje praksu sudovi su vrlo često primjenjivali (dakle sudovi višeg stupnja) institut preinačenja presude. Danas na žalost čak i zbog nekih stvari koje su isključivo pravna pitanja, drugostupanjski sudovi ukidaju presudu i vraćaju sudu prvog stupnja predmet na ponovno odlučivanje sa uputom kako treba presuditi. Smatram da je i to jedan način na koji bi se mogao postući ubrzanje postupka”. Vid.: R. Anić, *Autorizirano izlaganje Ruđera Anića, odvjetnika, na 76. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 19.3.2002. u Zagrebu* na temu: *Zloporabe u građanskom postupku*, Bilten br. 5, 199-201.; dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

⁸⁷¹ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург, 2009.

⁸⁷² Члан 12. став 3. Устава Републике Србије из 1990. године.

За разлику од ранијих југословенских^{873, 874} и српских Устава, Устав Републике Србије из 2006. године не садржи изричиту одредбу о забрани злоупотребе права, што је потпуно неразумљив пропуст уставописца. Овакво правно стање везано за злоупотребу права је неприхватљиво. Забрана злоупотребе права требало би да буде уставна категорија; требало би да буде прописана „неутралном“ одредбом, како је то учињено, рецимо, у члану 25. став 3. Устава Грчке из 1975. године, кратко: „Злоупотреба права није допуштена“.⁸⁷⁵ Најзад, одредба члана 12. став 3. Устава Републике Србије из 1990. године, правнотехнички, била је сасвим прихватљива. Довољно је било да се као таква само угради у Устав Републике Србије из 2006. године.

1.2. Нормативна превенција злоупотреба процесних права у кривичном поступку на нивоу Законика о кривичном поступку

1.2.1. Забрана злоупотребе процесних права као основни принцип кривичног поступка и дефинисање процесне злоупотребе

Гранска (секторска) законодавна превенција злоупотребе права уопште своди се, пре свега, на промишљено доношење закона који садрже овлашћења, тако да њихово спровођење у живот, у пракси, искључује сваку могућност за злоупотребу права.

⁸⁷³ Члан 32. став 2. Устава СФРЈ из 1963. године: „Слободе и права остварују се у међусобној солидарности људи и испуњавањем дужности сваког према свима и свих према свакоме”.

Члан 40. став 3. Устава СФРЈ из 1963. године: „Овим слободама и правима нико се не сме користити ради рушења основа социјалистичког демократског уређења утврђеног овим уставом, ради угрожавања мира, равноправне међународне сарадње или независности земље, распиривања националне, расне или верске мржње или нетрпељивости, или ради подстицања на вршење кривичних дела, нити на начин којим се вређа јавни морал”.

Члан 59. став 1. Устава СФРЈ из 1963. године: „Међусобни односи људи заснивају се на узајамној сарадњи и на поштовању личности човека и његових слобода и права”.

Члан 66. став 1 Устава СФРЈ из 1963. године: „Противуставна и кажњива је свака самовоља којом се повређује или ограничава право човека, без обзира на то ко је врши”.

⁸⁷⁴ Члан 153. став 1-3. Устава СФРЈ из 1974. године: „Слободе и права човека и грађанина, утврђени овим уставом, остварују се у међусобној солидарности људи и испуњавањем дужности и одговорности сваког према свима и свих према свакоме. Слободе и права човека и грађанина ограничени су само једнаким слободама и правима других и уставом утврђеним интересима социјалистичке заједнице. Свако је дужан да поштује слободу и права других и одговоран је за то”.

Члан 198 став 1 Устава СФРЈ из 1974. године: „Противуставна и кажњива је свака самовоља којом се повређује или ограничава право човека, без обзира на то ко је врши”.

Члан 203 став 2 Устава СФРЈ из 1974. године: „Слободама и правима утврђеним овим уставом нико се не сме користити ради рушења основа социјалистичког самоуправног демократског уређења утврђеног овим уставом, угрожавања независности земље, кршења овим уставом зајемчених слобода и права човека и грађанина, угрожавања мира и равноправне међународне сарадње, распиривања националне, расне и верске мржње или нетрпељивости или подстицања на вршење кривичних дела, нити се овим слободама може користити на начин којим се вређа јавни морал”.

⁸⁷⁵ Члан 25. став 3. Устава Грчке: „The abusive exercise of rights is not permitted”.

Међутим, о овоме се у пракси не води довољно рачуна.^{876, 877, 878}

У теорији се истиче да би законодавна превенција злоупотреба са аспекта грађанских (парничних, ванпарничних, извршних) процесних односа требала да се састоји, пре свега, у прокламовању *принципа савесног коришћења процесних овлашћења и принципа забране злоупотребе права*.⁸⁷⁹ Ове фундаменталне процесне принципе сваки законодавац би, затим, требало да конкретизује и операционализује кроз различите процесне институте или кроз уношење изричитих одредби којима се, из превентивних разлога, *ограничавају* поједина процесна овлашћења или се прописују *широка овлашћења суда* која му омогућавају да контролише вршење процесних овлашћења и спречава њихову злоупотребу.⁸⁸⁰

Пројектовано на област кривичног поступка ово значи да законодавац треба да приликом доношења закона о кривичном поступку буде свестан чињенице да овлашћења учесника у кривичном поступку могу да се злоупотребе и одмах, у току израде пројекта, приликом доношења закона осмисли механизме да се то спречи. Ово можда звучи као тежак, немогућ задатак. Међутим, није тако. На изради сваког закона треба да учествују стручни тимови из теорије и праксе конкретне области живота која се регулише тим законом. Циљаним моделирањем претпостављених процесних ситуација може са

⁸⁷⁶ Уп.: „У правној литератури, приоритет се обично даје анализи правних норми које чине област права у објективном смислу, а учинак стварних односа и проблеми вршења субјективних права су у другом плану.

Ово актуелизира задатак законодавца да при доношењу нормативних правних аката предвиди не само „дивиденде“, које су добијене при реализацији законских пројеката, већ и оне негативне последице које могу довести до несавесног понашања од стране овлашћених лица. Потцењивање стварних реалности живота у законодавним активностима (правна кратковидост) доводи до појава правних норми чија је реализација или просто немогућа, или знатно отежана. Потребна је разрада таквих правних норми које би спречиле злоупотребу права која су наведена у њима. Овај циљ се постиже помоћу моделирања и практичног предвиђања од стране законодавца могућих злоупотреба субјективних права која су додељена конкретном нормом права. Могуће будуће промене законских норми уз помоћ праксе недостатака нормативног материјала чини могућим сваки облик злоупотребе. Противдејство томе треба да буду законом прописане забране и ограничења, или додељивање другом субјекту правног односа субјективних права која могу да блокирају злоупотребе права“. Вид.: А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005.

⁸⁷⁷ Уп.: „Термин „злоупотреба права“ доста тачно показује негативну конотацију коју ова појава има у правној стварности. Да би се избегла могућност произвољног тумачења од стране оних који примењују право, субјективизам и процењивачки прилаз, законодавац мора да предвиђа могуће злоупотребе права већ на нивоу стварања права, да уноси измене у правне норме које се разрађују“. Вид.: Е. Н. Бырдин, Ю. И. Воронина, *Теоретические основы злоупотребления субъективным правом*, Академический Вестник № 3 (13), Научно-аналитический журнал, серия „Право“, „Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права“, Тюмень 2010., 12-15.

⁸⁷⁸ Уп.: „... сваки од законских пројеката, усмерених на регулисања права и слобода различитих субјеката права мора да прође посебну експертизу по основу могућности злоупотребе одобрених права“. Вид.: А. А. Малиновский, *Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Московский государственный институт (Университет) международных отношений МИД России, Москва, 2009.

⁸⁷⁹ G. Stanković, *Zloupotreba prava stranaka u izvršnom postupku*, Pravni život broj 12/2014, 9-10 (5-18).

⁸⁸⁰ Gordana Stanković, *Ibid*.

сигурношћу да се утврди да конкретне одредбе закона омогућавају злоупотребу, односно да се уоче норме које су плодно тле за будуће процесне злоупотребе.

Оно што је извесно неопходно јесте да законодавац приликом доношења закона о кривичном поступку већ у основним принципима, дакле, као основна правила кривичног поступка пропише 1) принцип забране злоупотребе процесних права, и 2) општу нормативну дефиницију злоупотребе процесних права.⁸⁸¹

Под условом да се сложимо да злоупотреба процесних права није одуговлачење поступка (одуговлачење поступка је недозвољена процесна последица злоупотребе субјективних процесних права; али, може да буде и последица злоупотребе субјективних процесних дужности), тада бисмо могли рећи да је српски законодавац у Законнику о кривичном поступку прокламовао принцип забране злоупотребе процесних права одредбом у којој је навео да је суд дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка.⁸⁸²

Дакле, у српском Законнику о кривичном поступку прокламован је, садржан принцип забране злоупотребе процесних права.

Међутим, српски Законик о кривичном поступку нема, не садржи одредбу у којој би била садржана општа нормативна дефиниција злоупотребе процесних права. Такву одредбу не садржи ниједан кривичнопроцесни закон.^{883, 884, 885}

⁸⁸¹ „Stoga je potrebno da zakonodavac unaprijed poduzme korake protiv zloupotrebe procesne forme. On može u katalogu procesnih načela uspostaviti jednu opću zabranu zloupotrebe procesnih prava te stvoriti njezinu inverznu sliku u općoj dužnosti suda da sankcionira takve zloupotrebe. [Hrvatsko] pravo pozna takve norme u čl. 10. st. 2. i djelomice, 167. st. 1. ZKP. Njemačko pravo, za razliku od našega, ne sadrži takvo opće načelo...“. Вид.: D. Krapac, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Davora Krapca na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu na temu: Zloupotrebe procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 129-178.

⁸⁸² Члан 14. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁸⁸³ „Истовремено, пракса спровођења закона се све више суочава са проблемом злоупотребе права од стране субјеката који представљају супротстављене странке у кривичном поступку, као и постојећег правосуђа, таквог какво је. Међутим – и то нама изгледа зачуђујуће и теоретски тешко објашњиво – феномен злоупотребе права учесника у кривичном поступку, као самостални правни појам, у кривичнопроцесном законодавству није објашњен. Ова категорија се не користи (па чак и сам појам злоупотребе права) у самом садржају тог закона“. Бид.: О. Ј. Баев, „*Злоупотребление правом*“ как уголовно-процессуальная категория, Вестник ВГУ. Серия: Право, 2013. № 2, 336-349.

⁸⁸⁴ „Процесна средства реаговања на појаве у пракси кривичног поступка у најтипичнијим ситуацијама и чињенице злоупотребе права од стране појединих субјеката морају да буду утемељена у Закону о кривичном поступку.

Одсуство појма „злоупотребе права“ у кривичнопроцесном закону је правни нонсенс, с обзиром на распрострањеност тог правног феномена и нејасан однос према његовој дефиницији“. О. Ј. Баев, *Ibid.*

⁸⁸⁵ „Одсуство у кривичнопроцесном закону услова, основа и поступка за подношење, разматрање и одлучивање о поновним захтевима за издавање доказа изазива ситуације у којима вишеструко понављање једних те истих захтева ове врсте може довести не само до дуготрајног судског поступка у првостепеном суду, већ и до немогућности његовог окончања.

У теорији постоје предлози о томе на који начин би требало дефинисати нормативни појам процесне злоупотребе, међутим, сви се свде на описивање последица кривичнопроцесне злоупотребе.^{886, 887, 888} Једном речју, не задовољавају.

Креирање закона, посебно системских, је одговоран посао. Ипак, ми сматрамо да би нормативна дефиниција процесне злоупотребе у закону о кривичном поступку требала да гласи на следећи начин.

„Учесник у кривичном поступку не врши право већ злоупотребу, ако шкоди другоме или интересу поступка:

- 1) само или првенствено да би му нашкодио;*
- 2) бескорисно, без оправданог или ради безначајног интереса;*

Закон о кривичном поступку Руске Федерације не садржи никакве забране за вишеструко понављање наведене врсте захтева за издвајање доказа, у случају њиховог одбијања“. Д. А. Казацкер, *Злоупотребления стороной своими правами в рамках уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты*, Журнал „Воронежский адвокат“ № 7, 2012 г.

⁸⁸⁶ Тако, О. Ј. Баев предлаже да се актуелни Закон о кривичном поступку Руске Федерације допуни у члану 5. став 1. „... појмом који одражава суштину злоупотребе права у кривичном поступку“. С обзиром на ставове Уставног суда по том питању, овај појам би требало формулисати на следећи начин: „Злоупотреба права је понашање (чињење, нечињење) субјекта кривичног поступка које не прелази границе његовог правног статуса, међутим, крши права, слободе и законите интересе других учесника у кривичном поступку, такође, сметња је разматрању дела и решавању задатака правосуђа у оптималним роковима, заштити права и слобода других учесника у кривичном поступку“.

Процесни механизам за процену понашања учесника у кривичном поступку као злоупотребе права, део први Законика о кривичном поступку РФ, треба допунити у складу са предложеним појмом чланом који има следећи садржај:

Члан 9.1. Недопустивост злоупотребе права

„Није дозвољена злоупотреба права учесника у кривичном поступаку.

Злоупотреба права учесника у кривичном поступку се утврђује образложеном судском одлуком којом се дефинишу границе или рокови вршења субјективних права датих учесницима у кривичном поступку или се у противном носе друге процесне последице предвиђене у овом закону.

У преткривичном поступку суд разматра питање признавања правног понашање учесника преткривичног поступка као акта злоупотребе права на основу образложеног захтева заступника тужилаштва или заступника одбране“. Вид.: О. Ј. Баев, *Ibid*.

⁸⁸⁷ О. И. Даровских, с друге стране, предлаже да се појам процесне злоупотребе у кривичнопроцесном закону обухвати чланом 5. Закона о кривичном поступку Руске Федерације на следећи начин: „Злоупотреба права је понашање учесника кривичнопроцесног односа, који има процесна права, које се предузима у поступку легитимног остваривања ових права, али у супротности са њиховим смислом и сврхом, које изазива, или може да проузрокује штету осталим учесницима у поступку, друштву, држави или за собом повлачи друге негативне последице“. Вид.: О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, ФГБОУ ВПО „Южно-Уральский государственный университет“ (НИУ), новембра 2013.

⁸⁸⁸ Д. А. Казацкер предлаже могући нацрт члана који регулише злоупотребу права од стране странака, члан 217 став 6 кривичнопроцесног закона Руске Федерације под насловом „Злоупотреба права од стране странака“, који треба да гласи: „(1) злоупотреба права примењена на кривичнопроцесне правне односе је облик вршења права који спречава нормалну процесну делатност учесника у кривичном поступку, значајно компликује остваривање њихових законских права и интереса, неосновано одуговлачи поступак, такође омета легалне активности суда, тужиоца, браниоца, истражитеља, оптуженог и других учесника у кривичном поступку. (2) У случају да утврди да је странка злоупотребила своја права, суд доноси процесну одлуку са детаљним образложењем природе злоупотребе, циља злоупотребе, са освртом на чињенице случаја. (3) У случају злоупотребе суд доноси одлуку о санкцији предвиђеној за конкретну злоупотребу. У случају да суд злоупотребава своја права, странке имају право да поднесу приватну тужбу вишем суду ради санкција према судији“. Вид.: Д. А. Казацкер, *Ibid*.

- 3) *несразмерно више него што себи користи;*
- 4) *више него што би да поступа на други начин којим такође остварује процесни интерес;*
- 5) *неразумно, или изигравши његово оправдано поверење, које је створио да неће вршити своје процесно право;*
- 6) *поступајући противно циљу процесног права;*
- 7) *поступајући противно друштвеном моралу;*
- 8) *поступајући противно правичности“.*

1.2.2. Конкретизација принципа забране злоупотребе кривичнопроцесних права и нормативне дефиниције процесне злоупотребе

Даља конкретизација и операционализација принципа забране злоупотребе кривичнопроцесних права захтева избор између могућности да се он, затим, пропише као правило понашања сваког процесног субјекта понаособ,⁸⁸⁹ или као могућности давања органу поступка изричитих овлашћења за спречавање кривичнопроцесних злоупотреба без обзира на који процесни институт⁸⁹⁰ се односе или који процесни субјект их врши. Наравно, ове две могућности могу и да се комбинују, јер не искључују једна другу.

Ми се не залажемо за претерану конкретизацију ових принципа кроз процесне институте, јер самим њиховим прописивањем они постају иманентни, императив сваком процесном субјекту и институту. Радији смо за давање органу поступка изричитих овлашћења за спречавање кривичнопроцесних злоупотреба без обзира на који процесни

⁸⁸⁹ Али не на начин како је то немушто и крајње селективно учинио српски законодавац доношењем кривичнопроцесног закона из 2011. године, у којем је забрану злоупотребе процесних права прописао само за браниоца (члан 72. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку: „Бранилац је дужан да ... не злоупотреби права у циљу одуговлачења поступка“) и стручног саветника (члан 126. став 3. Законика о кривичном поступку: „Стручни саветник је дужан да ... не злоупотребљава своја права и да не одуговлачи поступак“), алудирајући на овај начин, посредно, да други учесници у кривичном поступку не могу да злоупотребе своја субјективна процесна права.

⁸⁹⁰ Али не, опет, на начин како је то немушто и крајње рестриктивно учинио српски законодавац у кривичнопроцесном закону из 2011. године, у којем је забрану злоупотребе кривичнопроцесних института прописао само у члану 232. став 4. Законика о кривичном поступку, „Бележење радњи“: „Лицу које се саслушава, односно испитује може се дозволити да само казује одговоре у записник. У случају злоупотребе, ова могућност му се може ускратити“, и у члану 233. став 2. Законика о кривичном поступку, „Садржај записника“: „Кад орган поступка оцени да је потребно или на захтев странака или браниоца, у записник ће се дословно унети питање које је постављено и одговор који је дат. У случају злоупотребе, ово право им се може ускратити“.

институт се односе или који процесни субјект их врши.^{891, 892} Ово, даље, отвара питања граница судске дискреције по питању злоупотреба процесних права у судском поступку, на шта је у теорији више пута скретана пажња.^{893, 894, 895}

⁸⁹¹ Уп.: „Razloga za to ima jako mnogo, počevši od onih da su suci i punomoćnici stranaka kolege pa se neće jedan drugome zamjerati, ali ima još i nešto jako važno što isto moramo imati na umu. Jedna po meni pozitivna osobina sudaca da ne žele biti žandari. Kod zlorporabe procesnih ovlaštenja zapravo se radi o procesnim radnjama koje su inače dopuštene. Tu mora biti jasno da stranka radi nešto protivno smislu te odredbe, da bi sudac mogao reći radi se o jednoj zlorporabi. Zato su, po mom sudu, puno efikasnije one odredbe ZPP koje su iskustvene naravi, koje su upravo namijenjene tome da spriječe moguće zlorporabe.

Često se događa to da zakonodavac igra jednu igru sa tim strankama koje vrše zlorporabe, da on reagira upravo na te zlorporabe, da ih nastoji normativnim načinom spriječiti. Samo, kolegice i kolege, budite sigurni, vi ne možete, kao i inače u društvu, ni na području procesa zlorporabe sprječavati s papirima zakona. Mora jedno ozračje biti općenito tako da ljudi smatraju da nešto ne valja raditi, ne zato što im to negdje piše...”. Vid.: I. Grbin, *Autorizirano izlaganje Ive Grbina*, sudije Vrhovnog suda Republike Hrvatske, na 76. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 19.3.2002. u Zagrebu na temu: *Zlorporabe u građanskom postupku*, Bilten br. 5, 189-191., dostupno na

<https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

⁸⁹² Уп.: „За одговор на питање када правни поредак треба да ускрати заштиту конкретном вршењу субјективног права, јер је оно злоупотребљено односно недопуштено вршено, не постоји јединствен критеријум, нити се правни проблем може решити усвајањем општих и неодређених законских формулација као мерила. С друге стране, ма колико користан био казуистички приступ, утврђивањем типичних случајева злоупотребе, њему неминовно недостаје неопходни степен општости који подразумева свеобухватност и принципијелну утемељеност. Тако постављени проблем могуће је решити једино кроз уску сарадњу законодавне и судске власти, односно њихово међусобно упућивање. Кроз општу забрану злоупотребе права суду треба препустити да у оквиру јавног поретка, принудних прописа, добрих обичаја и моралних схватања пресуди у конкретном случају разумном комбинацијом критеријума намере оштећења, недостатка оправданог интереса или циља, противречног понашања, кривице, непоштења, несавесности“. Вид.: R. Cvetić, *Kriterijumi za utvrđivanje zlorporabe prava*, u „Međunarodna konferencija zlorporaba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 70-77.

⁸⁹³ Уп.: „Очигледно, у кривичнопроцесном закону мора да буде ограничена на уопштен начин карактеристика садржаја тога шта треба схватити као злоупотребу права у кривичном поступку; ово ће дати спроводиоцу закона могућност за логичну и разумну екстраполацију у вези са конкретним чињеницама за које постоји и у којима се јавља проблем – да одлучи да ли су злоупотреба права“. О. Ј. Баев, „*Zlorporabljenje pravom*“ как уголовно-процессуальная категория, Вестник ВГУ. Серия: Право, 2013. № 2, 336-349.

⁸⁹⁴ Уп.: „Практични радници констатују да је злоупотреба права од стране учесника у кривичном поступку један од начина продужавања трајања истраге и суђења по кривичном делу. Од посебног значаја за кривичнопроцесне односе тај проблем је добио са увођењем члана 6.1 Законика о кривичном поступку РФ, који узима у обзир понашање самих учесника при одређивању разумности рока трајања кривичног поступка. Међутим, Законик о кривичном поступку не садржи појам „злупотреба права“, научног истраживања суштине тог феномена у кривичном процесном праву фактички нема, па уопште законитост употребе ове категорије у кривичном поступку, за разлику од других грана права, остаје под знаком питања“. И. В. Камышникова, *Сушност и признаци злупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, „Правовые проблемы укрепления российской государственности“, Часть 51, Издательство Томского университета, 2011., 20-24.

⁸⁹⁵ Уп.: „Чини се да су произвољно схватање и употреба појмова који нису обухваћени Законом о кривичном поступку Руске Федерације: „злупотреба права“, „несавесно коришћење права“ оптерећени тиме да ће се под њиховим знаком изгубити суштина процесних права учесника у кривичном поступку услед различите примене, када ће зависно само од нахођења спроводиоца, без ограничавања било каквим условима, учесници у поступку бити лишени ових или других права и слобода или бити ограничени у њима.

При томе је мало вероватно да ће до правне сигурности у обезбеђивању права браниоца довести норма, као што је она садржана у члану 61 став 3 Закона о кривичном поступку Украјине, према којој „не може бити бранилац лице које злоупотребом права спречава утврђивање истине у предмету, одуговлачи истрагу или суђење, као ни лице које нарушава ред на претресу или не испуњава налоге председавајућег током суђења“. Вид.: Д. А. Казацкер, *Ibid.*

Но, уколико се у закон о кривичном поступку унесу, пропишу границе (принципи) вршења субјективних кривичнопроцесних права, сматрамо да нема опасности од судске самовоље приликом одлучивања шта јесте, а шта није процесна злоупотреба учесника у кривичном поступку.⁸⁹⁶

Предлог за позитивисање таквог одређења дали смо у претходној тачки излагања. Таквом нормом закона о кривичном поступку дефинишу се (коначно) кривичнопроцесна злоупотреба и њени видови, начини испољавања. Истовремено, јасно се одређује општа садржина субјективног кривичнопроцесног права било којег учесника у кривичном поступку. Уграђивањем такве норме у закон о кривичном поступку учесници у поступку добили би јасне критеријуме граница (садржине) субјективних процесних права, и могли би да реагују у поступку препознавања и доказивања да је учињена процесна злоупотреба (без обзира од ког процесног учесника је учињена).

Такође, таква норма чини излишним, непотребним све одредбе превентивног карактера (актуелног) Законика о кривичном поступку управљене на конкретне учеснике у поступку (као, „бранилац је дужан да ... не злоупотреби права у циљу одуговлачења поступка“;⁸⁹⁷ „изабрани бранилац ће бити разрешен ако му је пуномоћје поново дато након опозива или отказа пуномоћја, а до тога је очигледно дошло у циљу злоупотребе права“;⁸⁹⁸ „стручни саветник је дужан ... да не злоупотребљава своја права и да не одуговлачи поступак“;⁸⁹⁹ „јавни тужилац, државни и други органи, односно правна лица дужни су приликом прикупљања обавештења, односно давања података да поступају обазриво, водећи рачуна да се не нашкоди части и угледу лица на које се ови подаци односе“;⁹⁰⁰ и сл.), или на конкретне процесне ситуације („оптужба, предлог, правни лек и друга изјава или саопштење ... морају бити разумљиви и садржати све што је потребно да би се по њима могло поступити“⁹⁰¹).

⁸⁹⁶ Уп.: „О томе да ли постоји злоупотреба или не, судије морају да одлучују на сопствени ризик у свакој конкретној ситуацији. Устав Руске Федерације утврђује право сваког, у складу са чланом 45 став 2 „да се штити свим средствима која законом нису забрањена“. А пошто институт „злоупотребе права“, као такав не постоји у кривичном поступку, за њих нема формално-правних препрека, што је у пракси довело до „популарности“ таквих злоупотреба. Као што је већ поменуто, Устав Руске Федерације, за разлику од Конвенције о заштити права и слобода човека и грађанина (члан 17) указује на недопустивост злоупотреба било каквих права. Конвенција, међутим, даје само широку формулацију злоупотреба.

Одсуство у кривичнопроцесном закону услова, основа и поступка подношења, разматрања и одлучивања о поновним захтевима за издвајање доказа, ствара ситуацију у којој вишеструко понављање једних истих захтева такве врсте може да доведе не само до дуготрајног судског поступка у првостепеном суду, већ и до немогућности његовог окончања“. Д. А. Казацкер, *Ibid.*

⁸⁹⁷ Члан 72. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку.

⁸⁹⁸ Члан 80. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

⁸⁹⁹ Члан 126. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁹⁰⁰ Члан 282. став 6. Законика о кривичном поступку.

⁹⁰¹ Члан 229. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

Једном речју, нормативна дефиниција процесне злоупотребе у Законику о кривичном поступку је неопходна за нормално, законито и правично остваривање кривичног поступка.

1.2.3. Позитивисање кривичнопроцесних злоупотреба

Већ смо навели⁹⁰² да у процесноправној теорији грађанског судског поступка постоје схватања да процесне злоупотребе у процесном закону треба да се пропишу у виду „општег деликта“, односно, формулисањем опште нормативне дефиниције злоупотребе процесних права, и у виду „посебних деликата“, односно, посебних, конкретних случајева процесних злоупотреба⁹⁰³ (на сличан начин на који су у посебном делу кривичног закона прописана поједина кривична дела). Схватање полази од става да је правна природа процесних злоупотреба у судском поступку деликтна, односно, да су противправност, процесни деликти.

Међутим, правна природа злоупотребе права, па самим тим и процесних злоупотреба у судском поступку, није деликтна. Процесне злоупотребе не могу да се

⁹⁰² Види други део, глава II, наслов „Видови кривичнопроцесних злоупотреба“.

⁹⁰³ Тако, А. В. Юдин каже: „Принцип процесног формализма нам омогућава да окарактеришемо изучавану појаву као правно осуђујуће понашање које има особине противправности. Моделирање категорије „злоупотребе процесних права“ за потребе нормативног регулисања сузбијања ове појаве може се извршити на следећи начин:

а) Утврђивање законске обавезе савесног коришћења процесних права.

б) Формулисање опште нормативне дефиниције „злоупотребе процесних права“.

в) Навођење у закону одређених врста злоупотреба процесних права („специјални деликти“). Законом би требало да буду предвиђени најзлонамернији и најчешћи облици злоупотребе процесних права. Међутим, у грађанском поступку постоји врло вероватна могућност појаве „нових“ злоупотреба, односно злоупотреба, које нису изричито забрањене законом, а потичу из новела процесног закона или из раније важећих процесних норми. Супротстављање таквим злоупотребама може се градити на принципу „општег деликта.“ Закон треба да успостави општи појам злоупотребе процесних права („б“), упоредо са утврђивањем посебних видова злоупотребе („в“). Сходно томе, одговорност за злоупотребу процесних права ће се заснивати на следећој шеми: уколико понашање неког лица има карактеристике понашања које је санкционисано као „посебан деликт“, одговорност се заснива на нормама тог деликта; ако суд приметити у понашању субјекта карактеристике злоупотребе процесних права која није посебно забрањена законом, дужан је да одбије одобравање одговарајућих процесних радњи („г“), а ако не може да се примени ова заштитна мера, лице ће одговорати на основу норми „општег деликта“.

Поред тога, на основу општег концепта „злоупотребе процесних права“ („б“) законодавац може да обликује посебне случајеве процесних злоупотреба; приликом привођења одговорности лица за посебне случајеве злоупотреба, суд треба да посматра општу дефиницију разматране категорије.

г) Успостављање мера одговорности и других мера грађанско процесне принуде због злоупотребе процесних права, пре свега у виду одбијања да се одобри несавесно процесно поступање.

д) Унапређење процесне регулативе, није повезано са успостављањем принудних мера за спречавање и отклањање разних облика злоупотребе поступка, јер у неким случајевима до злоупотребе права долази услед „реакције“ на несавршеност процесног законодавства. Побољшање процесног закона може да се остварује у различитим правцима, са основним циљем не само да се спрече злоупотребе поступка, већ и да се оптимизује комплетна процесна регулатива“.

Вид.: А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург, 2009.

позитивишу као „посебни случајеви“, односно „посебни деликти“, на исти начин као што не могу да се *in concreto* позитивишу посебни случајеви прекорачења, ексцеса забрањеног – нужне одбране и крајње нужде.

Како се онда „позитивишу“, чине препознатљивима процесне злоупотребе у закону о кривичном поступку?

Прописивањем забране злоупотребе права кроз видове.⁹⁰⁴ Већ смо навели⁹⁰⁵ да се у Законику о кривичном поступку у појединим одредбама могу препознати забране одређених *видова* процесних злоупотреба. Тако, у одредби у којој је наведено да је орган поступка дужан да оштећеног или сведока заштити од увреде, претње и сваког другог напада, те да је суд дужан да учесника у поступку или друго лице које пред органом поступка вређа оштећеног или сведока, прети му или угрожава његову безбедност, новчано казни⁹⁰⁶ – законодавац је прописао забрану *неморалног вршења права на испитивање оштећеног или сведока* и обавезу суда да учиниоца такве злоупотребе казни новчаном казном. У одредби у којој је наведено да се претресање врши обазриво, уз поштовање достојанства личности и права на интимност (приватност) и без непотребног ремећења кућног реда, по правилу дању, а изузетно и ноћу, ако је дању започето па није довршено или је то одређено наредбом за претресање, закључане просторије, намештај или друге ствари отвориће се силом само ако њихов држалац није присутан или неће добровољно да их отвори, при том ће се избегаваће непотребно оштећење⁹⁰⁷ – законодавац је прописао забрану *неморалног, непримереног и несразмерног вршења права на претресање*. Или, у одредби у којој је наведено да председник већа може прекинути лице које у својој завршној речи прекорачи одобрено време, или вређа јавни ред и морал, вређа другога, или се упушта у понављање или излагање које очигледно

⁹⁰⁴ „Njemačko pravo, za razliku od našega, ne sadrži takvo opće načelo, nego ... na dva načina nastoji označiti ponašanje stranke koje se treba uzeti kao procesna злоупотреба: pojedinim „represivnim propisom“, usmjerenim protiv počinjenih злоупотреба или пак „preventivnim“, koji nastoji spriječiti takve situacije. Obje kategorije propisa mogu se nomotehnički pojaviti kao *klauzule* (npr. par. 241. st. 1. njemačkog *StPO* predviđa da predsjednik može uskratiti pravo stranci na protuispitivanje svjedoka ako ga ona „zloupotrebljava“) или као *opisi koji tipiziraju neko procesno ponašanje* као злоупотребу процесног права (primjer iz našeg čl. 300. st. 3. ZKP: „... branitelju ... koji poslije kazne nastavi narušavati red može vijeće uskratiti daljnu obranu.“; čl. 347. st. 2: „predsjednik vijeća može, nakon prethodnog upozorenja, prekinuti osobu koja u svojem govoru vrijeđa javni red i moral или vrijeđa drugoga или се упушта у понављања или излагања која немају везе с предметом“). Vid.: D. Krapac, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Davora Krapca* на 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravника grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu на тему: Zloupорabe процесних овласти и права stranaka u kaznenom postupku, Bilten br. 4, str. 129-178. Elektronski izvor, dostupan на https://www.pravo.unizg.hr/_download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf, pristup 7.5.2015.

⁹⁰⁵ Види други део, глава II, наслов „1.2. Одређеност облика (видова) процесних злоупотреба у Законику и кривичном поступку“.

⁹⁰⁶ Члан 102. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

⁹⁰⁷ Члан 157. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

није у вези са предметом⁹⁰⁸ – законодавац је прописао забрну *непримереног, неморалног и противциљног вршења права на завршну реч*.⁹⁰⁹ Одредбом у којој је наведено да се притвор може одредити само ако се иста сврха не може остварити другом мером⁹¹⁰ – законодавац је прописао *забрану злоупотребе несразмерним вршењем права на одређивање притвора против окривљеног*.

Навели смо да злоупотреба права може да се позитивише према последици радње злоупотребе и санкцији за злоупотребу.⁹¹¹ С обзиром да је злоупотреба (формално) дозвољено процесно понашање чија је процесна последица изједначена са последицом процесног деликта, законодавац може да процесне злоупотребе учини „видљивим“ у кривичнопроцесном закону према процесној последици. Законодавац то чини, дакле, тако што забрањује *последњу* злоупотребу (одуговлачење поступка, разматрање околности које не доприносе свестраном расправљању предмета).⁹¹² Законодавац је то учинио у Законику о кривичном поступку када је прописао да је суд дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка;⁹¹³ или, да је бранилац дужан, између осталог, да не злоупотребљава права у циљу одуговлачења поступка;⁹¹⁴ или, да окривљени мора имати браниоца, између осталог, ако се главни претрес одржава у његовој одсутности због

⁹⁰⁸ Члан 413. став 6. Законика о кривичном поступку.

⁹⁰⁹ „... орџенито, забранује [se] злоупотреба некое процесног права или овласти при ђему се таква забрана може односити на сва или на одређена процесна права (нпр. право предлађања доказа). Par. 241. ст. 1 нјемаџког Закона о казненом поступку (StPO) предвиђа нпр. да предсједник вијеђа може странци која „злоупотребљава“ (нјем. *missbraucht*) право на *tzv. protuispitivanje* особа то право одузети (*entziehen*). У пракси се узима да се о злоупотреби тога права – али не и опџег права испитивања особа – ради ако странка не само да поставља недопуштена питања него након опомене предсједника вијеђа настави с претежно недопуштеним питањима. Или, према par. 138a ст. 1. тоџ. 2. нјемаџког *StPO* бранитељ се може искључити из казненог поступка ако се појави основана сумња да комуникацију с притвореним окривљеником *zlorabi* како би поџинио неко казнено дјело или озбиљно угрозио сигурност затвора. Код нас, одредба џл. 347. ст. 2. ZKP у том је погледу прецизнија: предсједник вијеђа може, након прећходног упозорења, прекинати особу која у својем говору (дакле, одузети јој право завршног говора на расправи) вријеђа јавни ред и морал или вријеђа другога или се упушта у понављања или ирелевантна излагања. Исто тако, према џл. 300. ст. 3. ZKP бранитељу или опуномоћенику који послје казне настави нарушаваћи ред на расправи вијеђе може „ускратити даљњу одбрану односно заступање на главној расправи...“, при ђему се може кривцу за одгоду расправе наложити платеж трошкова“. Vid.: D. Krapac, *Ibid*.

⁹¹⁰ Члан 210. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹¹¹ Види први део, глава I, наслов „6. Правни основ забране злоупотребе права“, види други део, глава II, наслов „1.2. Одређеност облика (видова) процесних злоупотреба у Законику и кривичном поступку“.

⁹¹² „... забранује [se] да процесни субјект одређено процесно право користи на одређени наџин при одређеној процесној радњи (нпр. да доказне приједлоге подноси у циљу одуговлачења поступка). При томе закон и не мора користити изриџаје „злоупотреба“, „злоупотребљавати“. Тако нпр. par. 26a ст. 1. тоџ. 3. нјем. *StPO* наредује да се заћтјев за отклон некое суца мора *odbaciti* као недопуштен ако је „оџито да има за циљ једино одуговлачење поступка или неки други, који није циљ казненог поступка“. У пракси се као такав узима онај који само понавља разлоге вишећратних ранијих безуспјешних заћтјева за отклонем суца и који је к томе још прије подношења умножен у више примјерака те унапријед подијелјен средствима јавног информирања како би се на тај наџин судак блиatio у јавности. Наш [ћрватски] ZKP такве одредбе нема“. Vid.: D. Krapac, *Ibid*.

⁹¹³ Члан 14. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹¹⁴ Члан 72. став 1. тачка 3. Законика о кривичном поступку.

неспособности [да присуствује суђењу] коју је сам проузроковао;⁹¹⁵ или, да ће избрани бранилац бити разрешен, између осталог, ако му је пуномоћје поново дато након опозива или отказа пуномоћја, а до тога је очигледно дошло у циљу злоупотребе права [одуговлачења поступка];⁹¹⁶ или, да је стручни саветник дужан, између осталог, да не злоупотребљава своја права и да не одуговлачи поступак;⁹¹⁷ или, да осумњичени и његов бранилац могу одмах по сазнању, а најкасније до завршетка истраге, поднети приговор непосредно вишем јавном тужиоцу због одуговлачења поступка и других неправилности [јавног тужиоца] у току истраге;⁹¹⁸ или, да се председник већа у заседању и на главном претресу, између осталог, стара о одржавању реда и о примени мера за спречавање ремећења реда у судници, о томе да поступак тече без одуговлачења и разматрања питања која не доприносе свестраном расправљању предмета доказивања;⁹¹⁹ или, браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка, веће ће изрећи опомену, а о неблаговременом или неодговарајућем поступању јавног тужиоца којим се проузрокује одуговлачење поступка известиће надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца, док ће о опомени изреченој адвокату због одуговлачења поступка обавестити надлежну адвокатску комору;⁹²⁰ или, странке, бранилац и оштећени могу до завршетка главног претреса предлагати да се изведу нови докази, а могу поновити предлоге који су раније одбијени; о извођењу доказа одлучује председник већа; председник већа ће образложеним решењем одбити предлог за извођење доказа који је незаконит, такође, председник већа може образложеним решењем одбити доказни предлог ако оцени да је реч о доказу за који су странке, бранилац и оштећени знали у току припремног рочишта или након одређивања главног претреса, али га без оправданог разлога нису предложили, који је усмерен на доказивање чињеница које нису предмет доказивања, или се односи на чињенице које се не доказују или чије извођење је очигледно усмерено на одуговлачење поступка,⁹²¹ итд.

Код доношења новог или измена и допуна постојећег закона о кривичном поступку законодавац превенира процесне злоупотребе сужавањем постојећих права, *не дирајући, не задирући у процесне гаранције*, или, тако што процесне злоупотребе

⁹¹⁵ Члан 74. став 1. тачка 5. Законика о кривичном поступку.

⁹¹⁶ Члан 80. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

⁹¹⁷ Члан 126. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁹¹⁸ Члан 312. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹¹⁹ Члан 367. став 2. тачке 3. и 4. Законика о кривичном поступку.

⁹²⁰ Члан 374. Законика о кривичном поступку.

⁹²¹ Члан 395. Законика о кривичном поступку.

позитивише у деликте, и то као процесноправне деликте и као материјалноправне деликте (на процесноправном и кривичноправном нивоу).

Нпр., раније се захтев за изузеће судије или судије-поротника (вршење субјективног права на непристрасан суд) могао поднети у било којој фази поступка; ово је омогућавало да одбрана поднесе захтев за изузеће судије (судије-поротника, тужиоца, записничара) у току суђења из било ког, најчешће безначајног или непостојећег разлога, непримерено, у невреме, и на тај начин прекине суђење. Изменама процесног закона ово право је сужено, орочено. Сада захтев за изузеће судије или судије-поротника странке и бранилац могу поднети до почетка главног претреса, а ако су за разлог за изузеће сазнале касније, одмах по сазнању.⁹²²

Раније је захтев за изузеће судије или судије-поротника могао да буде поднет против било којег судије суда, или више њих. Временом, изменама процесног закона, ово право је сужено. Сада странке и бранилац могу тражити изузеће само поименично одређеног судије или судије-поротника који поступа у предмету.⁹²³

Раније је бранилац адвокат могао да откаже пуномоћје за одбрану оптуженом, практично, у било које време. Ово је била околност која је давала могућност за процесне злоупотребе од стране формалне одбране, јер се у пракси дешавало да пуномоћје буде отказано непримерено, у невреме, непосредно на дан суђења, чак и у току суђења. Временом, изменама процесног закона ово право формалне одбране је сужено тако што је орочено. Сада је изабрани бранилац дужан да пружа правну помоћ окривљеном у року од 30 дана од дана када је отказао пуномоћје, ако окривљеном пре истека тог рока не овласти другог изабраног браниоца.⁹²⁴

Раније је окривљени могао да има неодређен број бранилац у току поступка. Међутим, процесна ситуација у којој постоји велики број бранилаца који бране истог оптуженог представља могућност за одуговлачење кривичног поступка злоупотребом права на формалну одбрану, а, објективно, не доприноси одбрани оптуженог на делотворан начин.⁹²⁵ Ова чињеница је уочена од стране судске праксе. Изменама процесног закона право је сужено: сада један окривљени може имати истовремено у

⁹²² Члан 39. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁹²³ Члан 39. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁹²⁴ Члан 72. став 1. тачка 5. Законика о кривичном поступку.

⁹²⁵ Сматрамо да, уколико оптуженог у поступку брани више бранилаца адвоката, њихов оптималан број је два: поступају као усклађени тим, при чему један обрађује одбрану са чињеничног, а други са правног аспекта. Околност да се у конкретној кривичној ствари на страни одбране појављује више од два браниоца адвоката индицира на злоупотребу, односно, актуелизује претпоставку тужиоца и суда да је реч о одуговлачењу кривичног поступка злоупотребом процесног права на формалну одбрану.

поступку највише пет бранилаца, а сматра се да је одбрана обезбеђена кад у поступку учествује један од бранилаца.^{926, 927}

Раније је окривљени могао да опозове пуномоћје за одбрану браниоцу, па да поново ангажује тог истог браниоца ради одбране. Сада суд може да разреши изабраног браниоца уколико утврди да му је пуномоћје поново дато након опозива или отказа у циљу злоупотребе права (односно, одуговлачења поступка).⁹²⁸ У овом случају законодавац је прописао обавезу суда да процени да ли је конкретна процесна радња вршења права окривљеног – уствари, процесна злоупотреба, те уколико утврди да јесте, да је санкционише.⁹²⁹

На овај начин, моделирањем норми процесног закона којима су предвиђена права учесника у поступку, њиховим изменама у складу са искуствима судске праксе, долазимо до скупа обредби процесног закона које се непосредно или посредно односе на превенцију процесних злоупотреба. Такви, „превентивни прописи“, одредбе Законика о кривичном поступку којима се, из разлога превенције процесних злоупотреба, ограничавају овлашћења процесних субјеката, јесу:

(1) Изузеће могу тражити странке и бранилац. (2) Захтев за изузеће судије или судије-поротника странке и бранилац могу поднети до почетка главног претреса, а ако су за разлог за изузеће сазнале касније, захтев подносе одмах по сазнању.⁹³⁰ (3) Странке и бранилац могу тражити изузеће само поименично одређеног судије или судије-поротника који у предмету поступа. (4) Захтев за изузеће судије суда који одлучује о жалби, странке и бранилац могу поднети у жалби или у одговору на жалбу. (5) Странке и бранилац дужни су да у захтеву за изузеће наведу доказе и околности због којих сматрају да постоји неки

⁹²⁶ Члан 78. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁹²⁷ Три браниоца у кривичном поступку пред хрватским судом, пет бранилаца пред немачким судом.

Закон о кривичном поступку Руске Федерације не садржи норму којом се ограничава број бранилаца који могу да бране једног оптуженог у кривичном поступку. Зато су пред руским кривичним судовима честе процесне злоупотребе на формалну одбрану.

⁹²⁸ Члан 80. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

⁹²⁹ Правно-технички посматрано, обредба члана 80. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку је потпуно неумесна, неписмена одредба.

Њоме је законодавац хтео да каже: изабрани бранилац ће бити разрешен уколико заједно са окривљеним злоупотребљава право на формалну одбрану поновним добијањем након опозива или отказа пуномоћја (то да је ова злоупотреба извршена у циљу одуговлачења поступка – се подразумева). Није јасно зашто то није тако речено. Већ смо навели да ова процесна злоупотреба не може да се изврши без активног, свесног учествовања окривљеног у њој, јер он бира изабраног браниоца и поново му даје пуномоћје.

⁹³⁰ „Preventivno“ se злоупотребama процесних права може парирати тако да се исклјучи вршење nekog процесног права или овласти unutar одређеног рока, након одређеног рока или наступа резолутивног увјета. Тако npr. njemački *StPO* u par. 25. st. 1. допушта тражење otklona nekog суca samo do почетка испитивања оптуженика на главној расправи; затим, u par. 137. st. 1. t. 2 ограничава број окривљеникових бранитеља на три (чиме се суд поштеђује утврђивања да ли је окривљеник у конкретном случају ангажирао већи број бранитеља ради одуговлачења поступка или ради појачања одбране)“. Vid.: D. Krapac, *Ibid.*

од разлога за изузеће судије, судије-поротника или председника суда. У поновљеном захтеву не могу се наводити разлози који су истицани у ранијем захтеву за изузеће који је одбијен, осим ако се поднесу нови докази који подносиоцу раније нису били познати.⁹³¹

Бранилац је дужан да: 2) пружи окривљеном помоћ у одбрани стручно, савесно и благовремено; 3) не злоупотреби права у циљу одуговлачења поступка; 5) пружа правну помоћ окривљеном у року од 30 дана од дана када је отказао пуномоћје, ако пре истека тог рока не буде изабран бранилац [окривљени не изабере и пуномоћјем овласти браниоца].⁹³²

Окривљени мора имати браниоца ако се главни претрес одржава у његовој одсутности због неспособности коју је сам проузроковао – од доношења решења да се главни претрес одржи у његовој одсутности, па до правноснажности решења којим суд утврђује престанак неспособности за учествовање на главном претресу.^{933, 934}

Један окривљени може имати истовремено у поступку највише пет бранилаца, а сматра се да је одбрана обезбеђена кад у поступку учествује један од бранилаца.^{935, 936}

Изабрани бранилац ће бити разрешен ако му је пуномоћје поново дато након опозива или отказа пуномоћја, а до тога је очигледно дошло у циљу злоупотребе права.^{937, 938}

Не доказују се чињенице за које суд оцени да су општепознате, у довољној мери расправљене, да их окривљени признаје на начин који не захтева даље доказивање или да сагласност странака о тим чињеницама није у супротности са другим доказима.⁹³⁹

(1) Окривљени се саслушава усмено, са пристојношћу и уз пуно поштовање његове личности. Окривљени има право да се при саслушању користи својим белешкама.
(2) Приликом саслушања окривљеном ће се омогућити да се у неометаном излагању изјасни о свим околностима које га терете и да изнесе све чињенице које му служе за

⁹³¹ Члан 39. Законика о кривичном поступку.

⁹³² Члан 72. став 1. тачка 2., 3. и 5. Законика о кривичном поступку.

⁹³³ Члан 74. став 1. тачка 5. Законика о кривичном поступку.

⁹³⁴ „Njemačko pravo (par. 231 a njem. *StPO*) omogućava da se glavna rasprava održi i u odsutnosti optuženika koji se je skrivljeno stavio u stanje tzv. raspravne nesposobnosti; naše [hrvatsko] međutim, takvu mogućnost ne pozna”. Vid.: D. Krapac, *Ibid.*

⁹³⁵ Члан 78. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁹³⁶ „[Hrvatsko] pravo, u cilju sprečavanja koluzije između pritvorenika i ostalih počinitelja nekog kaznenog djela počinjenog u zločinačkoj skupini, omogućuje istražnom sucu da odredi privremeni nadzor razgovora pritvorenika i branitelja (čl. 69. st. 2. ZKP), a jednako kao i njemačko, ograničava broj istovremenih branitelja jednog okrivljenika na tri (čl. 63. st. 2. ZKP)“. Vid.: D. Krapac, *Ibid.*

⁹³⁷ Члан 80. став 1. тачка 4. Законика о кривичном поступку.

⁹³⁸ Врло дискутабилна одредба, за коју не можемо да се одредимо да ли је превентивног карактера у односу на процесну злоупотребу, или је њоме нормиран, позитивисан процесни деликт. Номотехнички одредба је крајње лоша. Ипак, њеним тумачењем може се закључити да је овде законодавац рекао: увек, *in abstracto*, када је изабраном браниоцу, након опозива или отказа, пуномоћје поново дато, а то је учињено у циљу одуговлачења поступка (у одредби је речено: у циљу злоупотребе права) – бранилац ће бити разрешен.

⁹³⁹ Члан 83. став 3. Законика о кривичном поступку.

одбрану. (3) Кад окривљени заврши свој исказ, а потребно је да се исказ употпуни или разјасни, поставиће му се питања која морају бити јасна, одређена и разумљива, не смеју садржати обману, нити се заснивати на претпоставци да је признао нешто што није признао и не смеју представљати навођење на одговор.⁹⁴⁰ (4) Ако се каснији искази окривљеног разликују од ранијих, а нарочито ако окривљени опозове своје признање, орган поступка га може позвати да изнесе разлоге зашто је дао различите исказе, односно зашто је опозвао признање.⁹⁴¹

Орган поступка ће по службеној дужности или на предлог странака наредити да се вештачење понови: 1) ако је налаз нејасан, непотпун, погрешан, у противречности сам са собом или са околностима о којима је вештачено или се појави сумња у његову истинитост; 2) ако је мишљење нејасно или противречно. (2) Ако се [ови] недостаци не могу отклонити поновним испитивањем вештака или допунским вештачењем, орган поступка ће одредити другог вештака који ће обавити ново вештачење.⁹⁴²

Стручни саветник је дужан ... да не злоупотребљава своја права и да не одуговлачи поступак.⁹⁴³

Приликом одређивања мера [према окривљеном за обезбеђење његовог присуства и за несметано вођење кривичног поступка], орган поступка ће водити рачуна да се не примењује тежа мера ако се иста сврха може постићи блажом мером.⁹⁴⁴

Притвор се може одредити само под условима предвиђеним у овом законнику и само ако се иста сврха не може остварити другом мером.⁹⁴⁵

(1) У току притвора не сме се вређати личност и достојанство притвореника. (2) Према притворенику се могу примењивати само она ограничења која су потребна да се спрече бекство, подстрекавање других лица да униште, сакрију, измене или фалсификују доказе или трагове кривичног дела и непосредни или посредни контакти притвореника усмерени на утицање на сведоке, саучеснике или прикриваче. (3) У истој просторији неће бити затворена лица различитог пола. По правилу, у исту просторију неће се смештати лица за која постоји сумња да су учествовала у извршењу истог кривичног дела, ни лица која су на издржавању кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе са лицима у притвору.⁹⁴⁶

⁹⁴⁰ „Коначно, ту спада и нови пропис пар. 257а *StPO*, на снази од конца 1994. године, који суду отвара могућност да од странака затражи да своје приједлоге и захтеве у погледу појединих процесних радњи, очитовања о законитости доказа и сл. поднесу у *pisanom* облику“. Vid.: D. Крапас, *Ibid.*

⁹⁴¹ Члан 86. Законика о кривичном поступку.

⁹⁴² Члан 124. Законика о кривичном поступку.

⁹⁴³ Члан 126. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁹⁴⁴ Члан 189. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹⁴⁵ Члан 210. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹⁴⁶ Члан 217. Законика о кривичном поступку.

Притвореник се може дописивати с лицима ван завода са знањем и под надзором судије за претходни поступак. Судија за претходни поступак може забранити одашиљање и примање писама и других пошиљки ако је вероватно да би то довело до ометања истраге. Против решења судије за претходни поступак притвореник може изјавити жалбу [ванпретресном] већу која не задржава извршење решења.⁹⁴⁷

Оптужба, предлог, правни лек и друга изјава или саопштење подноси се писмено или се даје усмено на записник. Ови поднесци морају бити разумљиви и садржати све што је потребно да би се по њима могло поступити.⁹⁴⁸

Јавни тужилац, државни и други органи, односно правна лица дужни су приликом прикупљања обавештења, односно давања података да поступају обазриво, водећи рачуна да се не нашкоди части и угледу лица на које се ови подаци односе.⁹⁴⁹

Ако јавни тужилац не заврши истрагу против осумњиченог у року од шест месеци, а када је реч о кривичном делу за које је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности у року од једне године, дужан је да обавести непосредно вишег јавног тужиоца о разлозима због којих истрага није окончана. Непосредно виши јавни тужилац дужан је да предузме мере да се истрага оконча.⁹⁵⁰

Сва решења донесена у поступку испитивања оптужнице морају бити образложена, али тако да се унапред не утиче на решавање оних питања која ће бити предмет расправљања на главном претресу.⁹⁵¹

Ако је саоптужени признао одређене тачке оптужбе које се односе и на другог саоптуженог који их је оспорио, главни претрес ће се одржати за оба саоптужена и донеће се, по правилу, једна пресуда.⁹⁵²

[На припремном рочишту] Свака странка ће се изјаснити о [доказним] предлозима супротне странке и оштећеног.^{953, 954}

Председник већа ће одмах после отварања заседања, уколико за то постоје разлози, упозорити присутна лица да се пристојно понашају и не ометају рад суда.⁹⁵⁵

⁹⁴⁷ Члан 220. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹⁴⁸ Члан 229. став 1. и 2. Законика о кривичном поступку.

⁹⁴⁹ Члан 282. став 6. Законика о кривичном поступку.

⁹⁵⁰ Члан 310. став 2. и 3. Законика о кривичном поступку.

⁹⁵¹ Члан 342. Законика о кривичном поступку.

⁹⁵² Члан 349. став 5. Законика о кривичном поступку.

⁹⁵³ Члан 350. став 4. Законика о кривичном поступку.

⁹⁵⁴ „Неки коментатори узимају да се као покушај одуговлачења поступка од стране окривљеника мора узети и случај у којем је користио право на позивање неког свједока на прораčунски трошак, али се показало да је тај свједок irrelevantan“. Vid.: D. Крaпaс, *Ibid.*

⁹⁵⁵ Члан 369. став 3. Законика о кривичном поступку.

Оптуженом се може судити у одсуству само када постоје нарочито оправдани разлози да му се суди иако је одсутан, под условом да је у бекству или није доступан државним органима.⁹⁵⁶

Ако је оптужени проузроковао сопствену неспособност за учествовање на главном претресу, веће може, након испитивања вештака, решењем одлучити да се главни претрес одржи, али не и заврши, у одсутности оптуженог. У случају одржавања главног претреса у одсутности оптуженог, председник суда ће му поставити браниоца по службеној дужности.⁹⁵⁷

(1) Главни претрес који је одложен мора почети изнова ако се изменио састав већа, али веће може, након изјашњења странака, решењем одлучити да се сведоци и вештаци не испитују поново, него да се изврши увид у записнике о њиховим исказима датим на ранијем главном претресу или да, ако је то потребно, председник већа укратко изнесе садржину тих изјава или их прочита. Против овог решења жалба није дозвољена.

(2) Главни претрес који је одложен, а одржава се пред истим већем, наставиће се кратким извештајем председника већа о току ранијег главног претреса. (3) Ако се главни претрес држи пред другим председником већа, главни претрес мора почети изнова и сви докази морају бити поново изведени. (4) Изузетно од става 3. овог члана, због протеча времена, заштите сведока или других важних разлога веће може, након изјашњења странака, решењем одлучити да се сведоци и вештаци не испитују поново, него да се поступи у складу са ставом 1. овог члана.⁹⁵⁸

Председник већа може предузети потребне мере за спречавање међусобног договарања сведока, вештака или стручног саветника, и договарања сведока, вештака или стручног саветника са странкама, браниоцем, законским заступником или пуномоћником.⁹⁵⁹

(2) Уводна излагања морају бити сажета и односити се само на чињенице које ће бити предмет доказивања, на излагање доказа које ће странака извести и на правна питања о којима ће расправљати. (3) Председник већа може уводна излагања ограничити на одређено време и прекинути странку и браниоца ако прекорачи дато време или излаже изван допуштеног садржаја.⁹⁶⁰

(1) Странке, бранилац и оштећени могу до завршетка главног претреса предлагати да се изведу нови докази, а могу поновити предлоге који су раније одбијени.

(2) О извођењу доказа из става 1. овог члана одлучује председник већа. (3) Ако је предложено извођење доказа који је незаконит (члан 84. став 1.) председник већа ће

⁹⁵⁶ Члан 381. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹⁵⁷ Члан 383. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁹⁵⁸ Члан 388. став 1-4. Законика о кривичном поступку.

⁹⁵⁹ Члан 390. став 4. Законика о кривичном поступку.

⁹⁶⁰ Члан 393. став 2. и 3. Законика о кривичном поступку.

одбити предлог образложеним решењем. (4) Председник већа може образложеним решењем одбити доказни предлог ако оцени да је реч о доказу: 1) за који су странке, бранилац и оштећени знали у току припремног рочишта, или након одређивања главног претреса, али га без оправданог разлога нису предложили; 2) који је усмерен на доказивање чињеница које нису предмет доказивања или се односи на чињенице које се не доказују; 3) чије извођење је очигледно усмерено на одуговлачење поступка. (5) Председник већа може у току поступка опозвати решење из става 4. овог члана, а веће поводом приговора може преиначити то решење и одлучити да се предложени доказ изведе.^{961, 962}

Ако оптужени одступи од свог раније датог исказа, председник већа упозориће га на то, упитати за разлоге одступања и, по потреби, одредиће по службеној дужности, или на захтев оптуженог да се раније дати исказ или део тог исказа прочита и репродукује његов оптички или тонски снимак.⁹⁶³

Ако се у току главног претреса открије раније учињено кривично дело оптуженог, веће ће по оптужници овлашћеног тужиоца, која може бити и усмено изнесена, проширити главни претрес и на то дело, или одлучити да се за то кривично дело посебно суди.^{964, 965}

Председник већа може, након изјашњења странака, одредити трајање завршних речи.⁹⁶⁶

⁹⁶¹ Члан 395. Законика о кривичном поступку.

⁹⁶² „Nadalje, njemačko pravo sadrži niz odredbi koje omogućuju predsjedniku vijeća da odbije pitanje странке које је „neprikladno“ или се „ne односи на ствар“ (njemačka пракса „neprikladnim“ сматра питање које не доприноси расвјетљавању спорних чињеница или које закон не допушта у том циљу, а „irelevantnim“ питање које не служи, изравно или неizravno, разјашњавању стања ствари; пар. 241. ст. 2. *StPO*); или да odbije доказне приједлоге странака, посебиче ако су постављени у циљу одуговлачења поступка (npr. према пар. 244. ст. 2. точ. 6. *StPO*) може се одбити доказни приједлог ако је постављен у циљу одуговлачења поступка. При томе, njemačka пракса поставља сlijедеће интерпретацијске параметре: суд мора бити увјерен (1) да из доказног приједлога странке не би ништа проишло у њезину корист (па је већ по томе доказни приједлог објективно несврховит), (2) да је странка тога свјесна и (3) да је приједлог поставила искључиво ради одуговлачења поступка (па стога у субјективном смислу поступа супротно процесној сврси у одредбама о доказним приједлозима). Наš [hrvatski] ZKP увео је 1997. године, према njemačком моделу, неколико одреdbи које прецизирају када ће вјеће на расправи одбити доказне приједлоге странака (чл. 322. ст. 4). Нови nacрт новеле ZKP, који је пред vratима, uvodi неке новости које жеље оjaчати бране доказног права од покушaja злоупотребе његових одреdbи: предвиђа концентрацију доказних приједлога странака на припремном рочишту за главну расправу те поставља рокова за изношење нових доказа на расправи”. Vid.: D. Krapac, *Ibid.*

⁹⁶³ Члан 397. став 4. Законика о кривичном поступку.

⁹⁶⁴ Члан 410. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹⁶⁵ „... према пар. 266. ст. 3. njemačkog *StPO* захтев оптуженика за одгодом главне расправе у случају tzv. naknadne тузбе државног одвјетника за друга казнена djела (kod нас би то одговарало проширењу оптужнице на главној расправи) суд не смије уважити ако је очито поднешен ради одуговлачења поступка (као критериј суд ће узети несврховитост приједлога: како је право на одгоду расправе закон оптуженику дао ради болјег припремања одбране, предлагање одгоде ради неког другог разлога представља објективно несврховити приједлог). Наше право такве одредбе нема, али исти циљ настоји постићи time што одлuku о прекиду или одгоди главне расправе ради припремања одбране оставља у дискрецијској оцјени вјећа (чл. 341. ст. 2, 342. ст. 2. ZKP) које у случају оцјене да странка тражи одгоду ради одуговлачења поступка њезин захтев може одбити”. Vid.: D. Krapac, *Ibid.*

⁹⁶⁶ Члан 412. став 4. Законика о кривичном поступку.

У образложењу пресуде суд ће изнети разлоге за сваку тачку пресуде.⁹⁶⁷

У жалби се могу износити чињенице и предлагати нови докази, као и докази чије извођење је првостепени суд одбио, али је жалилац дужан да наведе разлоге зашто их раније није изнео, при чему је жалилац дужан да наведе доказе којима би се изнете чињенице имале доказати, а позивајући се на предложене доказе, дужан је да наведе чињенице које помоћу тих доказа жели да докаже.⁹⁶⁸

1.3. Законик о кривичном поступку као извор процесних злоупотреба

Норме Законика о кривичном поступку су опште, апстрактне, те њима, дакле, не могу да се нормирају ситуације у којима је у пракси могуће да дође до злоупотребе субјективних кривичнопроцесних права учесника у поступку.

Међутим, често сам закон о кривичном поступку својим лошим или недореченим нормама „отвара врата“ за процесне злоупотребе учесника у поступку.⁹⁶⁹ Од такве бољке није имун ни Законик о кривичном поступку Србије из 2011. године. На ову чињеницу је више пута указано у теорији.⁹⁷⁰

⁹⁶⁷ Члан 428. став 6. Законика о кривичном поступку.

⁹⁶⁸ Члан 436. став 4. Законика о кривичном поступку.

⁹⁶⁹ Уп.: „У том смислу, мора се поменути и то да понекад, најблаже речено, недовољно обрађене кривичнопроцесне норме просто провоцирају на понашање које се може сматрати само као злоупотреба права. Као пример може да послужи новела којом је у федералном закону дана 4. марта 2013 допуњен члан 144 Закона о кривичном поступку. У складу са тим (у случају када је судска експертиза изведена на почетку кривичног поступка), „ако после покретања кривичног поступка од стране одбране или жртве буде поднет предлог за извођење допунске или поновне судске експертизе, тај захтев може да буде уважен“. То ће омогућити ове учеснике у кривичном поступку, на основу њихових тактичких разлога, да поднесу предлог за извођење судске експертизе у моменту који се максимално приближава окончању времена притвора када је оптужени притворен или уопште – до краја прелиминарне истраге овог случаја. И истражитељ ће морати да испуни такав захтев!“ Вид.: О. Ј. Баев, „*Злоупотребление правом*“ *как уголовно-процессуальная категория*, Вестник ВГУ. Серия: Право, 2013. № 2, стр 336-349.

⁹⁷⁰ „За основне инквизиторске елементе новог кривичног поступка Србије је у ствари, најкарактеристичније да су они по правилу, изразито недемократског карактера, те да потенцијално представљају могући извор процесних злоупотреба. ту пре свега спадају следећи процесни механизми:

- 1) давање претераног доказног значаја признању окривљеног;
- 2) имплицитна законска подела доказа на непосредне и посредне (учињена формалним законским дефинисањем различитих степена сумње);
- 3) претерана склоност законодавца ка дефинисању, што се огледа у изразито обимном „појмовнику“, када је реч о одредбама које се односе на значење појединих израза у ЗКП-у, те и иначе, веома израженом и приличном лошом казуистиком;
- 4) постојање могућности да се у поступцима за кривична дела из делокруга тужилаштва посебне надлежности, сведок у истрази испита од стране тужиоца, а да се одбрана о томе уопште ни не обавести;
- 5) сувише екстензивно утврђивање разлога за искључење јавности са главног претреса, јер је један од алтернативно прописаних разлога за одступање од начела јавност и потреба заштите „других оправданих интереса у демократском друштву“, што је по свему судећи, противуставна норма, јер наш Устав не познаје такав разлог као посебан основ за искључење јавности, већ ту формулацију стриктно повезује са јавним редом и моралом, док се у ЗКП-у „јавни ред и морал“, те „други оправдани интереси у демократском друштву“, дефинишу као два самостална и одвојена, односно један од другог независна разлога за искључење јавности на главном претресу;

Таква је, на пример, одредба у којој је наведено да у случају обавезне одбране јавни тужилац у истрази поставља окривљеном браниоца по службеној дужности.⁹⁷¹ Одредба је нелогична и погрешна јер у страначком поступку једна странка не би требало да поставља браниоца другој странки. То би морао да чини суд (судија за претходни поступак).

Затим, претресању стана или других просторија се може приступити без предаје наредбе суда, без претходног позива за предају лица или предмета, без поуке о праву на браница адвоката и без присуства сведока, између осталог, ако је држалац стана или других просторија недоступан.⁹⁷² Оваква одредба отвара простор за злоупотребе, јер полиција може намерно да врши претресања управо када власник стана није кући.

Затим, прописано је да докази које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка, ако су доказне радње спроведене у складу са закоником.⁹⁷³ Међутим, ова норма отвара могућности за злоупотребе јер се по њој, фактички, свака радња полиције у предистражном поступку може без неких посебних услова користити као доказ на главном претресу, што је у изразитој супротности са начелом непосредности кривичног поступка.

Затим, прописано је да се истрага покреће наредбом јавног тужиоца.⁹⁷⁴ Против ове наредбе није дозвољено правно средство, што значи да одлука да се нека особа стави под истагу не подлеже судској контроли.

Даље, прописано је да се наредба о спровођењу истраге доноси пре или непосредно после прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а најкасније у року од 30 дана од дана када је јавни тужилац

6) омогућавање на главном претресу да се суд у сваком тренутку умеша у страначко извођење доказа, што је истовремено нелогично и због тога што суд иначе нема дужност утврђивања истине, па је онда, препуштено потпуно арбитрерној оцени председника већа, када ће да се „инволвира“ у извођење доказа;

7) прописивање могућности да се окривљеном суди у одсуству, што је иначе, потпуно незамисливо у типичним адверзијалним кривичним процедурама;

8) сувише широко дефинисање разлога за притвор, при чему су неки од тих разлога и својеврсне „каучук“ норме, те

9) остављање могућности за веома широко одступање од начела непосредности на главном претресу, јер се скоро исто као и раније (док је истрага била судска), омогућава читање записника о исказима датим у истрази (али не судији, него јавном тужиоцу), или у неком другом кривичном поступку, уместо да се давалац исказа непосредно испита пред претресним већем, што представља не само инквизиторски процесни елемент, већ се ради и о изразито недемократском механизму. [...]“.

Вид.: М. Škulić, *Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka*, Crimen (IV) 2/2013., 176–234.

⁹⁷¹ Члан 76. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹⁷² Члан 156. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁹⁷³ Члан 287. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁹⁷⁴ Члан 296. став 1. Законика о кривичном поступку.

обавештен о првој доказној радњи коју је предузела полиција.⁹⁷⁵ Ово је одредба која лако може да изнедри злоупотребу од стране полиције према јавном тужиоцу, јер предузимањем било које доказне радње (нпр. претресањем стана) полиција може да „присили“ јавног тужиоца да отвори истрагу, без обзира на његов став о томе.

Према одредби Законика о кривичном поступку, ако осумњичени или његов бранилац сматрају да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће јавном тужиоцу да је предузме.⁹⁷⁶ Међутим, опет, нелогично („неприродно“) је да у страначком поступку једна странка захтева од друге прикупљање доказа у своју корист.

Осумњичени и његов бранилац су дужни да по прикупљању доказа и материјала у корист одбране обавесте јавног тужиоца о томе и да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списа и разгледање предмета који служе као доказ.⁹⁷⁷ Овом одредбом промовише се *кооперативност окривљеног са тужиоцем*, међутим, ово је празна норма, јер нема последица ако одбрана не поступи на овај начин.

Ако оштећени као тужилац или приватни тужилац ометају ред на главном претресу, веће ће их удаљити и поставити им пуномоћника.⁹⁷⁸ Значи, ако немају имовинских средстава да снесу трошкове свог заступања, једна од могућности им је да се понашају неприкладно у судници.

У поновљеном поступку (према окривљеном коме је суђено *in absentia*), саучесник окривљеног који је већ осуђен не може се саслушавати, нити се може суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника обавља увидом у списе.⁹⁷⁹ Основано се поставља питање: шта ако се осуда заснивала на таквом доказу као што је одбрана саокривљеног који је кривицу пребацивао на окривљеног у бекству?^{980, 981}

1.4. Позитивисање (превенирање) кривичнопроцесних злоупотреба као кривичних дела

⁹⁷⁵ Члан 296. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁹⁷⁶ Члан 302. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹⁷⁷ Члан 303. став 3. Законика о кривичном поступку.

⁹⁷⁸ Члан 373. став 1. Законика о кривичном поступку.

⁹⁷⁹ Члан 481. став 2. Законика о кривичном поступку.

⁹⁸⁰ Milan Škulić, Goran Ilić, *Kako je propala reforma? Šta da se radi?*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, АТС, Београд, 2012., стр. 175-184

⁹⁸¹ Милан Давидовић, *Доказна вредност признања окривљеног којим терети саокривљеног*, Билтен судске праксе Вишег суда у Краљеву бр. 1/2011. Вид., такође: Z. Đurđević, *Procesna jamstva obrane prema suokrivljeniku kao svjedoku optužbe*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, broj 2/2009., 783-808.

Правни поредак је временом неке појавне облике процесне злоупотребе права, због велике друштвене штетности, опасности, позитивисао у деликте (кривична дела).⁹⁸²

Такве ситуације могу се уочити и у области кривичнопроцесног односа. Оно што је извесно јесте да постоје кривичнопроцесне злоупотребе које се, истовремено, могу квалификовати и као кривична дела.⁹⁸³ То могу да буду процесне радње физичких лица, али и процесне радње државних органа учесника у кривичном поступку (полиције, јавног тужиоца, суда).

Реч је о процесним злоупотребама за које је законодавац проценио да је такво диспонирање својим кривичнопроцесним правом толиког степена друштвене опасности да га треба превенирати инкриминацијом у кривично дело.⁹⁸⁴

Пример за процесну радњу у кривичном поступку која има такву, двоструку природу јесте ситуација у којој подносилац више кривичних пријава против више лица, након одбачаја јавног тужиоца кривичне пријаве јер пријављено дело није кривично

⁹⁸² У теорији се као класичан пример злоупотребе права на приступ суду (и случај сложене злоупотребе процесних права више лица чије су процесне радње привидно у супротности, али заиста теже остварењу истог интереса) наводи ситуација у којој тужени (дужник), у циљу осујећења основаног потраживања које према њему има извршни поверилац, у договору са тужиоцем по тужби за утврђивање признаје тужиоцу фингирани тужбени захтев за утврђивање својине на ствари према којој је усмерено извршење, не би ли на овај начин ствар формално пренео у својину тужиоцу, који ће након тога у извршном поступку да истакне приговор трећег лица и тако осујети потраживање извршног повериоца.

Међутим, уколико су у конкретном случају испуњени сви субјективни и објективни елементи дела, у правном систему Србије овакво понашање тужиоца и туженог могло би се правно квалификовати као кривично дело оштећење туђих права (члан 220. став 2. Кривичног законика), чије биће гласи: ...казниће се и ко у намери да осујети измирење повериоца у току принудног извршења отуђи, уништи, оштети или сакрије делове своје имовине и тиме оштети повериоца.

⁹⁸³ „Дакле, једна процесна радња може бити кривично дело, злоупотреба процесних права и кршење службене дужности. Иако злоупотреба процесних права није ништа ново, још увек није осмишљен аутентични систем против злоупотребе вршења права у кривичном поступку. Злоупотреба права великих размера окупира је сфере кривичног права, али типизација абузивних понашања примењује се само на веома ограничен број случајева, остављајући по страни изненађујуће велики број неправичних процесних поступања“. Vid.: F. W. A. Alves: *O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória*, Revista da Direito e Liberdade – Mossoró – v. 7, n. 3, 83–100 – jul/dez 2007.

⁹⁸⁴ Уп.: „Чини се да злоупотреба права у одређеном моменту постаје прекршај, када законодавац види неопходност да се призна да је такво коришћење правом друштвено опасно и забрањује ту радњу под претњом одговорности, у том смислу и кривичне. Криминализација злоупотребе права због тога мора да буде крајња против-мера у супротстављању чињеници злоупотребе права. Заједно са тим, у области кривичног поступка, која битно утиче на уставна права и слободе појединца, држава мора да прибегава таквој мери. Глава 34 Кривичног законика Републике Белорусије (у даљем тексту: КЗ) предвиђа одговорност за низ кривичних дела против правосуђа.

Због тога, те чињенице, да се злоупотреба права јавља као кривично дело, не значи да губи своје карактеристике.

На тај начин, за злоупотребу права у кривичном поступку треба издвојити неколико елемената: 1) лице које делује у границама додељених му процесних права; 2) лице које их не користи по намени, већ у потрази за незаконитим процесним интересима; 3) лице крши јавни интерес, интерес правде, такође и субјективна права других лица.

Таква злоупотреба може да буде морални преступ, прекршај, и најзначајније – кривично дело“. Вид.: А. А. Данилевич, О. В. Петрова, *Обеспечение добросовестного использования прав участниками уголовного процесса*, Право и демократия: сб. научн. тр./ редкол.: В. Н. Бибило (гл. ред.) [и др.] – Мн.: БГУ, 2008. – Вып. 19., 256-270.

дело, преузме гоњење и иницира кривични поступак. Такву процесну ситуацију смо обрадили у другом делу рада, у глави II у оквиру наслова „2.1. Злоупотреба шиканозним вршењем кривичнопроцесних права“, али и у глави IV другог дела у оквиру наслова „2.4. Злоупотребе процесних права оштећеног као тужиоца у кривичном поступку“. Ако би и било дилеме о свести подносиоца пријаве у погледу околности да ли је знао да дело које је пријавио као прво није кривично дело, такве дилеме нема у случајевима подношења наредних кривичних пријава (јер му је у одбачају прве пријаве указано од стране јавног тужиоца на ту чињеницу). Дакле, подношењем сваке следеће кривичне пријаве против другог лица за исто дело и преузимањем гоњења од јавног тужиоца у својству оштећеног као тужиоца подносилац чини шиканозну злоупотребу субјективног процесног права на приступ суду, јер је очигледно да то чини у намери да нашкоди пријављеном. Међутим, истовремено чини и *кривично дело лажно пријављивање* које врши онај ко пријави одређено лице да је учинило кривично дело за које се гони по службеној дужности, а зна да то лице није учинилац тог дела.⁹⁸⁵

Неопходан елемент шиканозне кривичнопроцесне злоупотребе је намера шкођења (*animus nocendi*), што је, опет, елемент бића *кривичног дела кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика*,⁹⁸⁶ које чини судија или судија поротник, јавни тужилац или његов заменик који у *судском поступку у намери да другом прибави какву корист или да му нанесе какву штету*, донесе незаконит акт или на други начин прекрши закон. Дакле, за постојање кривичног дела кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика потребна је намера шкођења (*animus nocendi*), исто као и за постојање шиканозне злоупотребе. С обзиром да јавни тужилац може да изврши злоупотребу шиканозним вршењем процесног права,⁹⁸⁷ тада *увек* када се утврди да је јавни тужилац у току кривичног поступка извршио такав вид процесне злоупотребе, могло би се устврдити да у радњама злоупотребе садржано и извршење кривичног дела.⁹⁸⁸

Међутим, у пракси се може констатовати да нема кривичних поступака против тужилаца и судија за кривично дело кршење закона од стране стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика. Да ли то значи да јавни тужилац и суд не врше шиканозну злоупотребу процесних права, пре почетка и у току поступка? Реч је о нечему другом.

⁹⁸⁵ Члан 334. став 1. и 2. Кривичног законика.

⁹⁸⁶ Члан 360. став 1. Кривичног законика.

⁹⁸⁷ Види други део, глава II, наслов „2.1. Злоупотреба шиканозним вршењем кривичнопроцесних права“.

⁹⁸⁸ V. J. A. Martínez, *El delito de prevaricato de jueces y fiscales*, elektronski izvor, dostupno na https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_04.pdf, pristup 20.9.2014.

Пре свега, шиканозну кривичнопроцесну злоупотребу јавног тужиоца и суда је врло тешко доказати, а затим и квалификовати као такву. Осим тога, ствар је у томе да је онај који врши шиканозну процесну злоупотребу, односно кривично дело у конкретном случају онај који гони, или онај који суди у кривичном поступку. Још се није десило да је јавни тужилац поднео кривичну пријаву против себе или свог заменика због свесног оптужења преко мере. Са друге стране, није у интересу оптуженог да улази у још већу конфронтацију са онима који га гоне, односно који му суде, вођењем кривичног поступка против њих, и да на тај начин још више отежава свој положај у поступку. Чињеница да је кривично дело учињено доказује се правноснажном осуђујућом судском пресудом. Њој претходи поступак који је у оваквим стварима често компликован, дуг и исцрпљујући.

На овај начин у пракси може да се догоди да је у току кривичног поступка учињена злоупотреба процесног права која, истовремено садржи све елементе кривичног дела кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика, али да дело и учинилац нису гоњени.

Као кривична дела позитивисане су и одређене врсте поступања других државних органа у кривичном поступку које би се могле квалификовати као злоупотребе неморалним вршењем кривичнопроцесних права. Законик о кривичном поступку садржи одредбу којом је прописана забрана мучења, нечовечног поступања и изнуде у поступку. Забрањена је и кажњива свака примена мучења, нечовечног и понижавајућег поступања, силе, претње, принуде, обмане, медицинских захвата и других средстава којима се утиче на слободу воље или изнуђује признање или каква друга изјава или радња од окривљеног или другог учесника у поступку.⁹⁸⁹ Ова забрана конкретизирана је у материјалном кривичном закону као *кривично дело изнуђивање исказа*.⁹⁹⁰ Наведено је: службено лице које у вршењу службе употреби силу или претњу или друго недопуштено средство или недопуштен начин у намери да изнуди исказ или неку другу изјаву од окривљеног, сведока, вештака или другог лица, казниће се...; тежи облик дела постоји ако је изнуђивање исказа или изјаве праћено тешким насиљем или ако су услед изнуђеног исказа наступиле нарочито тешке последице за окривљеног у кривичном поступку.

Недозвољене процесне радње службеног органа у вршењу субјективних процесних права у кривичном поступку позитивисане су као кривично дело

⁹⁸⁹ Члан 9. Законика о кривичном поступку.

⁹⁹⁰ Члан 136. Кривичног законика.

*зостављање и мучење.*⁹⁹¹ Наведено је: ко зоставља другог или према њему поступа на начин којим се вређа људско достојанство, казниће се...; ко применом силе, претње, или на други недозвољени начин другоме нанесе велики бол или тешке патње с циљем да од њега или од трећег лица добије признање, исказ или друго обавештење или да се он или неко треће лице застраши или незаконито казни, или то учини из друге побуде засноване на било каквом облику дискриминације, казниће се...; ако дело из става 1. и 2. овог члана учини службено лице у вршењу службе, казниће се...

Кривичнопроцесне злоупотребе извршене приликом вршења процесног права на претресање стана, просторија или лица позитивисане су у Кривичном законнику као кривично дело *незаконито претресање*. Наведено је: казном затвора казниће се службено лице које у вршењу службе противзаконито врши претресање стана, просторија или лица.⁹⁹²

Кривичнопроцесна злоупотреба права-дужности необјављивањем доказа који иду у прилог одбрани позитивисана је као кривично дело *спречавање и ометање доказивања*.⁹⁹³ Ово кривично дело чини онај ко у кривичном поступку, у намери да спречи или отежа доказивање сакрије, уништи, оштети или делимично или потпуно учини неупотребљивом исправу, односно друге предмете који служе за доказивање.⁹⁹⁴

Одређене форме неморалног вршења субјективних процесних права у кривичном поступку позитивисане су као кривично дело *ометање правде* које чини онај ко друге позива на отпор или на неизвршавање судских одлука или на други начин омета вођење судског поступка; такође, онај ко увредом, силом, претњом или на други начин омета или спречи судију, јавног тужиоца, заменика јавног тужиоца или адвоката у вршењу судијске или тужилачке функције, или адвокатске службе;⁹⁹⁵ тежи облици дела учињени су ако је приликом извршења дела из става 2. учинилац нанео лаку телесну повреду судији, јавном тужиоцу или адвокату или је претио употребом оружја, односно ако је приликом извршења дела из става 2. учинилац нанео тешку телесну повреду судији, јавном тужиоцу, заменику јавног тужиоца или адвокату.

Процесне злоупотребе чије се последице испољавају у непотребном или претераном шкођењу приватности лица позитивисане су као кривично дело *повреда*

⁹⁹¹ Члан 137. Кривичног законика.

⁹⁹² Члан 140. Кривичног законика.

⁹⁹³ Члан 336. Кривичног законика.

⁹⁹⁴ Члан 336. став 2. у вези става 4. Кривичног законика.

⁹⁹⁵ Члан 336бб. став 1. и 2. Кривичног законика.

тајности поступка⁹⁹⁶ које чини онај ко неовлашћено открије оно што је сазнао у судском, прекршајном, управном или другом законом прописаном поступку, а што се по закону не може објавити или је одлуком суда или другог надлежног органа проглашено као тајна; такође, онај ко без одлуке суда објави ток кривичног поступка у којем је искључена јавност или одлуку која је у кривичном поступку према малолетнику донесена или ко објави име малолетника према којем је поступак вођен или податке; такође, онај ко неовлашћено открије податке о идентитету или личне податке лица заштићеног у кривичном поступку или податке у вези са програмом заштите; најтежи облик дела постоји ако су услед дела из става 3. наступиле тешке последице по заштићено лице или је кривични поступак био онемогућен или у знатној мери отежан.

У теорији постоје мишљења, са којима се слажемо, да доношење новог или свака битнија измена постојећег закона о кривичном поступку захтева преиспитивање и евентуалну допуну материјалног кривичног закона новим специфичним инкриминацијама које ће се односити на злоупотребе покретања кривичног гоњења и злоупотребе у току кривичног поступка од стране јавног тужиоца и полиције,⁹⁹⁷ те да уједно треба посебно пажљиво преиспитати прописе материјалног кривичног права који се односе на заштиту од самовоље и злоупотребе у току поступања у вези с кривичним делом.⁹⁹⁸

Поставља се питање: да ли су процесне злоупотребе права позитивисане као кривична дела – позитивисањем – изгубиле *карактеристике* злоупотребе права, и сада су (само) деликти, или се на нивоу процесног односа и даље могу третирати као

⁹⁹⁶ Члан 337. Кривичног законика.

⁹⁹⁷ Ур.: „Nov sustav kaznenog postupka bitno mijenja odnose u području kaznene represije. Jedna stranka u kasnijem eventualnom glavnom postupku (državni odvjetnik) postaje glavni subjekt prethodnog postupka, koji, radnjama prethodnog postupka, bitno utječe na prava građana (i pravnih osoba). Time se s ciljem uvećanja učinkovitosti kaznenog postupka uspostavlja odnos neravnopravnosti u fazi kaznenog progona. On je pojačan i zbog okolnosti hijerarhijske strukture državnog odvjetništva. Jamstvo građaninu (i pravnoj osobi) da o zahvatima u njegova (njezina) prava odlučuje sud i da će svoja prava zaštititi („obraniti“) pred sudom u kaznenom postupku nije dovoljna zaštita od mogućih zlouporaba tijela državne represije. Zbog toga, prije početka primjene, valja preispitati i eventualno dopuniti Kazneni zakon novim specifičnim inkriminacijama koje će se odnositi na zlouporabe pokretanja kaznenog progona i zlouporabe u tijeku kaznenog progona od strane državnog odvjetnika i policije. Ujedno valja posebno pažljivo preispitati propise materijalnog kaznenog prava koji se odnose na zaštitu od samovolje i zlouporabe tijekom postupanja u svezi s kaznenim djelom“. Vid.: B. Pavišić, *Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, 489-602.

⁹⁹⁸ Ур.: „У важећем Закону о кривичном поступку Руске Федерације нема ни речи о злоупотреби права на одбрану. Пракса сведочи о томе да се број таквих злоупотреба повећава, њихове форме постају софистицираније. Назире се неопходност да се бори против оваквих појава, како на законодавном, тако и на нивоу примене закона. Чини се примерено да се у кривичнопроцесном закону предвиди систем санкција за злоупотребе права: од права суда да одбије конкретне радње стране у поступку, до новчане казне. Најопаснији облик злоупотребе процесних права, везане пре свега са незаконитим утицајем на поротнике, могу да буду криминализоване и стављене у главу „Злочини против правосуђа“. Вид.: С. А. Гордейчик, *Злоупотребление правом на защиту*, Законность 2006 № 12 С. 6-Я.

злоупотребе процесних права? Другим речима, може ли злоупотреба субјективних процесних права да егзистира самостално, дакле, као злоупотреба субјективног процесног права на нивоу поступка, процесноправног односа, а истовремено да постоји као кривично дело, или је због околности да се дотично процесно понашање по свим неопходним критеријумима може квалификовати као кривично дело, оно изгубило својство процесне злоупотребе? Да ли процесна злоупотреба на нивоу и за потребе процесноправног односа може да егзистира као злоупотреба субјективног процесног права, самостално, иако садржи све неопходне елементе да се исто поступање квалификује и као кривично дело?

Ми сматрамо да може. Овакав приступ је могућ, и у складу је са теоријом „двојне заштите“.⁹⁹⁹ Наиме, заштита од процесне злоупотребе као незаконитости и њено санкционисање пружа се непосредно у поступку у коме је извршена, независно од тога да ли је за исту радњу уопште покренут и вођен кривични поступак ради утврђивања да је извршено кривично дело.

2. Судска превенција злоупотреба процесних права у кривичном поступку

Чини се да, када у закону о кривичном поступку постоје одредбе о превенцији злоупотреба процесних права, тада за орган поступка није никакав проблем да се избори са процесним субјектима који упражњавају таква процесна поступања. У пракси ипак није тако.

Пре свега, треба бити свестан чињенице је злоупотреба процесних права у кривичном поступку правна појава која је у развоју, која се стално мења. Одређеност злоупотребе процесних права је у функцији, пре свега, одређености овог института у сваком правном систему понаособ, а затим од одређености у свести и односа према њој

⁹⁹⁹ „Најштетнији деликти забрањени су нормама кривичног права, а најмање штетни грађанскоправним нормама. Овакав ранг забрана није без значаја. Оно што је забрањено нормама кривичног права не може се сматрати допуштеним ни са становишта других врста правних норми. Ту важи принцип да је мање увек садржано у већем. Али то не значи да ће учинилац кривичног деликта искусити увек и правне санкције предвиђене нормама осталих грана права. До тога би могло доћи само у случају кад постоји „двојна“ заштита одређеног друштвеног односа, тј. кад забрану једне исте радње изричу норме две или више различитих правних области. То је тзв. „кумулирање деликта“, које повлачи кумулирање и одговорности. На пример, једна иста радња може представљати и кривични и дисциплински деликт. У том случају деликвент ће, истовремено, бити подвргнут кривичној и дисциплинској одговорности. Неки правни писци сматрају да кумулирања може бити и код кривичних и грађанских деликата. Ми, међутим, мислимо да је то становниште погрешно...“. Вид.: J. Radišić, *Pravni delikt, pravna sankcija i pravna odgovornost*, u: *Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, Pravni fakultet, 1973., Sv. 12 (1973), 61-79.*

носилаца процесних функција у поступку. Однос учесника у поступку према процесним злоупотребама је битно различит.

Осумњичени, односно оптужени, посебно они којима је оптужбом стављено на терет извршење тешких кривичних дела, често у оквиру права на одбрану прибегавају свим могућим варијантама процесног поступања која се могу квалификовати као процесне злоупотребе. У ситуацијама у којима се налазе у поступку чини се све што је могуће да би се поступак продужио, односно да би се осујетило утврђивање кривице и избегла кривична санкција.

Адвокатима браниоцима је примаран интерес брањеника, окривљеног, чак и онда када је на граници законитог, или када је незаконит, и они га следе кроз поступак.^{1000,1001} С. А. Гордейчик наводи да је у кривичним поступцима у Руској Федерацији злоупотреба права на одбрану узела таквог маха да постоји појава „адвоката за једнократну употребу“, бранилаца који, ако су уговорили са окривљеним хонорар чији износ им омогућава да дуже време удобно живе, чине све да оптуженог ослободе од кривичне одговорности, користећи при том и незаконите методе.¹⁰⁰² Слично је у другим процесним системима континенталног типа.

Дакле, мало вреди одређеност и уређеност института у закону о кривичном поступку ако јавни тужилац или суд не разуме, не зна или не хаје за процесне злоупотребе, већ се, несвесно или свесно, ставља на страну извршилаца злоупотреба, или их чак и сам врши.

¹⁰⁰⁰ „Дакле, мислим да би сви споменути требали djelovati на начин да се смањи могућност злоупотребе права. Govoreći sa mog stanovišta kao punomoćnika – na prvom mjestu je interes stranke (što uostalom i naš kodeks određuje). Prema tome, ukoliko zakon daje mogućnost, a sud tolerira opstruiranje postupka, moja je dužnost kao odvjetnika zastupati stranku na najbolji način i koristiti prava koje mi zakon i sud daju, pa ako stranka ima interesa odugovlačiti postupak, smatram da sam dužan postupati sukladno toj uputi, u granicama zakonitosti.

Žalosno je to da meni zakon i sud daju mogućnost postupati na taj način”.

Vid.: R. Anić, *Autorizirano izlaganje Ruđera Anića*, odvjetnika, na 76. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravника grada Zagreba održanoj 19.3.2002. u Zagrebu na temu: *Zlouporebe u građanskom postupku*, Bilten br. 5, 199-201.; dostupno на <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

¹⁰⁰¹ R. Čeferin, *Ali pomeni vlaganje pravnih sredstev odvetnika z namenom zavlacavanja zlorabo procesnih pravic?*, *Odvjetnik* 47/marec 2010, 4-8.

¹⁰⁰² „Међутим, злоупотреба права на одбрану је, нажалост, постала уобичајена појава. Разлог је жеља оптужених (окривљених) да избегну кривичну одговорност, односно да не трпе штетне последице за себе у облику лишења слободе, распада пословања, каријере, итд. Клијент је спреман да плати било колико новца за одређени резултат. Он није заинтересован за то како ће се постићи такав резултат. Адвокат, који је склопио споразум са таквим клијентом је принуђен да користи све методе, укључујући и незаконите, да би одрадио хонорар. И што је већи хонорар, тиме клијент захтева строжије захтеве. У нашој земљи није далеко од појаве „адвоката за једнократну употребу“, који, ако су добили хонорар чији износ им омогућава да удобно живе до старости, дају све од себе да ослободе оптуженог од кривичне одговорности. При томе, они не цене ни своје име, ни углед, ни статус адвоката“. С. А. Гордейчик, *Злоупотребление правом на защиту*, Законность 2006 № 12 С. 6-Я

2.1. Границе у којима може да се креће кривични суд у спречавању (превенцији) злоупотреба процесних права

Оно што је извесно јесте да, у оним европско-континенталним правним системима у којима је злоупотреба процесних права учесника у поступку законски појам, постоји обавеза органа поступка, односно суда да заштити, брани и одбрани поступак од злоупотреба (незаконитости). Ова обавеза постоји и у земљама *common law* процесних система, у којима је доктрина злоупотребе кривичног поступка, разумљиво, конципирана на другачији начин,¹⁰⁰³ и производ је судске праксе у дужем временском периоду.¹⁰⁰⁴

У законима о кривичном поступку није наведено на који начин ће кривични суд да „... онемогући сваку злоупотребу права...“ учесника у поступку, наиме, који су то процесни инструменти, алати који му стоје на располагању да изврши ову обавезу. Међутим, подразумева се да методе суда за онемогућавање злоупотреба морају да буду засноване на основним принципима кривичног поступка: законитости и правичности.¹⁰⁰⁵

¹⁰⁰³ „У случају *Hui Chi Ming* судија Lord Lowry описао је злоупотребу поступка као [на 57]:

„... Нешто тако неправедно и погрешно да суд не треба да дозволи тужиоцу да настави са оним што би у свим другим аспектима био уобичајени поступак“.

Vid.: Stephen Lawrence, *The power of a court to stay a prosecution as an abuse of process: judicial enforcement of fundamental values & principles*, „Reasonable Cause“ Criminal CLE Conference, 16 September 2012., електронски извор, доступно на:

http://www.alsnswact.org.au/media/BAhbBlSfHOGZmSSlhMjAxMy8wNy8xNS8yMV8wN181MF83NTZfZmlsZQY6BkVU/21_07_50_756_file, pristup februar 2014.

¹⁰⁰⁴ „У случају *Canadian Union of Public Employees v. City of Toronto and Attorney General of Ontario* судија Arbur J. из Врховног суда Канаде је изјавио:

„Судије имају неодвојиво и резидуално дискреционо право да спрече злоупотребу судског поступка. Овај концепт злоупотребе поступка је описан у *common law* као поступак „неправедан до тачке да је у супротности са интересима правде“ (R. v Power, [1994] 1 SCR 601, на стр. 616), и као „репресивни поступак“ (R. v Conway, [1989] 1 S.C.R. 1659, на стр. 1667). Судија McLachlin J. (што је она тада била) је на овај начин то изразила у R. v Scott, [1990] 3 S.C.R. 979, на стр. 1007:

... злоупотреба поступка се може утврдити тамо где су: (1) поступци репресивни или узнемирујући, и, (2) крше основне принципе правде, основно заједничко схватање правичности и пристojности. Концепти репресије и узнемиравања подвлаче интерес оптужених да им се правично суди. Али доктрину такође изазива и јавни интерес за поштен и правичан судски поступак и правилно спровођење правде“.

Vid.: Stephen Lawrence, *Ibid.*

¹⁰⁰⁵ „Раније смо указали да мере реаговања примењене од стране државе у случају утврђивања чињеница злоупотребе права не могу бити мање, па чак и опасније за остваривање права на судску заштиту од штете од злоупотребе права. Стога, није довољно имати јасне критеријуме за разграничење злоупотребе од законитог понашања, такође се морају дефинисати границе могуће интервенције државе, да „лек“ не би постао „гори од болести“.

Чини се да ће опште правило на основу којег је могуће утврдити такве границе поново бити неприхватљивости кршења права на правично суђење учесника у кривичном поступку. У том смислу, државна интервенција је неопходна у сваком случају, ако постоји злоупотреба овлашћења од стране службених лица. У случају злоупотребе субјективног права сваки пут треба да се процени однос између могуће штете изазване понашањем учесника, и последице интервенције државе у њено понашање у смислу права странке на судску заштиту. У овом случају, сва ограничења процесних овлашћења неопходних за реализацију права лица на судску заштиту, дозвољена су само да би се осигурало остваривање уставних права других лица, треба да буду строго сразмерна тој потреби и не треба у целости да доведу до фактичког лишавања лица његовог права на правично суђење“. Вид.: Т. В. Трубникова, *Злоупотребление правом в уголовном процессе: критерии и пределы вмешательства со стороны государства*, Вестник Томского государственного университета. Право. 2015. №3 (17), 65-78.

Оно што у циљу превенције злоупотреба процесних права и овлашћења сваки кривични суд треба примарно да учини, јесте да на самом почетку судеће фазе поступка, на припремном рочишту или рочишту за главни претрес предочи учесницима у поступку, односно присутнима у судници, да неће дозволити било какву злоупотребу процесних права, без обзира од кога оне потичу, а уколико их утврди, да ће свака од њих бити адекватно санкционисана. Наравно да ово предочавање треба да буде забележено у записнику са рочишта.

„Председник већа констатује да нема услова за држање главног претреса, те се неће одржати, а следећи се заказује за 6.12.2017. године у 10,00 часова, што је присутнима саопштено те их не позивати.

Од судске управе затражити постављање браниоца по службеној дужности опт. НВ.

Позвати адв. М.И. и опт. С.Ђ. на главни претрес, опт. С.Ђ. доставу извршити преко полиције.

Присутни оптужени упозорени да не злоупотребљавају право на суђење у присуству, те на последице противног понашања“.¹⁰⁰⁶

На овај начин суд (судија) ће изричито ставити до знања свим главним субјектима кривичног поступка (тужиоцу, окривљеном, његовом браниоцу, оштећеном, његовом пуномоћнику) да је свестан појма процесних злоупотреба, да му је познато шта су процесне злоупотребе и да влада овом материјом. Истовремено, ова чињеница подићи ће ауторитет суда код ових учесника у поступку.

Дакле, када је реч о злоупотребама субјективних процесних права учешћа (праводужност оптуженог на суђење у присуству, право лица које присуствује суђењу у својству јавности) оне се превенирају *опоменом*. Опомена није мера санкционицања процесне злоупотребе (како је, погрешно, третира Законик о кривичном поступку),¹⁰⁰⁷

¹⁰⁰⁶ Извод из записника о главном претресу Вишег суда у Краљеву 1К. 52/16 од 8.10.2017. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

¹⁰⁰⁷ Наиме, у кривичнопроцесном закону из 2011. године у члану 374. под рубромом „мере за спречавање одуговлачења поступка“ наведено је: Браниоцу, оштећеном, законском заступнику, пуномоћнику, оштећеном као тужиоцу или приватном тужиоцу који предузима радње очигледно усмерене на одуговлачење поступка, веће [суд] ће изрећи опомену. О неблагоприятном или неодговарајућем поступању јавног тужиоца или лица које га замењује, којим се проузрокује одуговлачење поступка, председник већа [суд] ће известити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца. Председник већа [суд] обавестиће надлежну адвокатску комору о опомени изреченој адвокату због одуговлачења поступка, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама.

На овај начин законодавац је у кривичнопроцесном закону из 2011. године, потпуно погрешно, прогласио опомену, која је превентивна мера, за меру санкционисања, „кажњавања“ учинилаца

већ мера превенирања процесних злоупотреба. Опомена је мера превенције и у односу на остале врсте субјективних процесних права (права власти, права тражења, преображајна права).

Непотребно је рећи да кривични судија мора детаљно да познаје Законик о кривичном поступку, те и оне његове одредбе које у већој мери дају простора за могућност процесних злоупотреба. Зато је неопходно да обрати посебну пажњу када странке располажу процесним правима на основу таквих одредби. Кривични судија треба да има изграђену истанчаност, осећајност за могућност процесних злоупотреба. Мора да поседује осећај за „негативну емпатију“, осећај за процесне преваре, мора да схвата, разуме интересе свих учесника у поступку, како оне које се штите процесним законом, тако и оне које процесни закон не штити, и да схвати шта је од онога што учесници траже, односно предлажу у корист (интересу), а шта на штету поступка. Како је речено, судија мора да буде „газда“ у судници и да, већ на почетку, ту чињеницу предочи свим учесницима у поступку.¹⁰⁰⁸

Нпр., у ствари у којој се кривични поступак води за тешко кривично дело, а у којој је јавни тужилац у истрази поставио окривљеном за браниоца по службеној дужности адвоката који се уопште не бави кривичним правом, или адвоката који се тек онедавно бави том делатношћу, судија мора да „осети“, запита се да ли је тужилац то учинио намерно, да себи „олакша“ истрагу (и суђење), да стави окривљеног у лошији процесни положај у којем неће моћи да се делотворно брани у оној мери у којој би то могао да на својој страни као браниоца има искусног адвоката који иза себе има дуг низ година праксе и који се бави искључиво одбранама у кривичном поступку. Или, уколико

кривичнопроцесних злоупотреба. Али, ово је „празно слово на папиру“ јер од опомињања извршилаца процесних злоупотреба које су већ учињене (наиме, процесном учеснику *који предузима радње* процесне злоупотребе суд ће изрећи опомену, у случају да то чини јавни тужилац обавестиће о томе његове претпостављене, а за адвоката адвокатску комору) – нема никакве користи за поступак.

Поновићемо да је у кривичнопроцесном закону из 2001. године ова процесна ситуација била правилно регулисана, бар у односу на процесне учеснике наведене у ставу 1. Наиме, одредбом члана 218. став 1. ЗКП/2001. било је прописано да *суд може да у току поступка казни новчаном казном* до 100.000 динара браниоца, пуномоћника или законског заступника, оштећеног, оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца, ако су његови поступци очигледно управљени на одуговлачење кривичног поступка. Дакле, овде је била реч о *могућности кажњавања* одређених процесних учесника за већ учињену процесну злоупотребу.

¹⁰⁰⁸ „Ја могу додати сlijedeће: prepoznavanje trenutka od strane suca kada jedna „na izgled“ valjano provedena postupovna radnja postaje negacija prava (a zlouporaba prava jeste negacija prava) jeste ona razdjelnica koja razlikuje suce koji su „gazde“ u svojim sudnicama i onih sudaca koji to nisu. Biti „gazda“ u svojoj sudnici znači biti „gazda“ postupka koji se vodi u toj sudnici. To zapravo znači da sudac mora znati prepoznati zlouporabu procesnih ovlasti stranaka i mora onemogućiti svaku zlouporabu prava sudionika u kaznenom postupku“. Vid.: M. Sverdović, Autorizirano izlaganje Marijana Sverdovića, sudije Vrhovnog suda Republike Hrvatske, на 75. Tribini Pravnog fakulteta у Zagreбу и Kluba правника grada Zagreба одржаној 28.2.2002. на тему: *Zloupорabe процесних овласти и права странака у казненом поступку*, Bilten br. 4, 129-178., електронски извор, доступно на <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

одбрана у току суђења предложи нове сведоке, али не може да јасно артикулише на које околности их предлаже, или може, али да адресе ових сведока са којих се позиви враћају суду са назнаком „непознат на датој адреси“, суд (судија) мора да посумња да су предлози странке за саслушање тих сведока – уствари злоупотреба (превара) усмерена на одуговлачење поступка, те да странка злоупотребљава (користи) субјективно процесно право (право да предложи нове доказе) не у сврху за коју јој је право дато, већ у сврху да свесно омете правилан ток кривичног поступка.

Једном речју, суд треба да има „истанчан слух“ за злоупотребе субјективних права тражења, и да их, када процени да је реч о злоупотреби, одмах санкционише одбијањем или одбачајем.

2.2. Поступање суда *contra legis* ради заштите интереса поступка од процесних злоупотреба?

Питање које се поставља, уствари, гласи: да ли је кривични суд, на основу одредбе Законика о кривичном поступку која га обавезује да онемогући сваку злоупотребу права која припадају учесницима у поступку¹⁰⁰⁹ овлашћен и ако јесте у којој мери, квалитативно и квантитативно, да заштити поступак „пред собом“ од радњи процесних злоупотреба, чак и процесним радњама које нису у складу са процесним законом, или су чак у одређеној мери *contra legis*, када постоји реална опасност да последице злоупотреба у толикој мери угрозе поступак да је његов законит опстанак доведен у питање?

Чини се да би свако давање искључиво позитивног или негативног одговора на ово питање био екстреман став.

Навешћемо пример из судске праксе у којем је првостепени суд у кривичној ствари хитне природе, поступањем *contra legis*, осујетио покушај опструкције поступка од стране одбране.

Окружни јавни тужилац је оптужницом Кт. 138/07 од 30.11.2007. ставио на терет М.Н. и Д.Н. извршење кривичног дела примање мита у саизвршилаштву из члана 367 став 1 у вези члана 33 Кривичног законика (КЗ), а М.З. извршење кривичног дела давање мита из члана 368 став 1 КЗ. Према наводима оптужбе кривична дела су извршили тако

¹⁰⁰⁹ Члан 14. став 1. Законика о кривичном поступку.

што су 22.11.2007. године око 22,00 часа на Копаонику, М.Н. и Д.Н., поступајући као униформисани полицајци Полицијске управе у Краљеву, Полицијска станица у Рашки, по претходном договору, свесни свога дела, те да је забрањено, али хотећи његово извршење, након добијеног службеног задатка да у периоду од 20,00 часова 22.11.2007. до 8,00 часова 23.11.2007. врше патролну делатност на релацији Копаоник – Рудница, приликом контроле саобраћаја на раскрсници путева Копаоник – Јошаничка Бања – Рудница, зауставили возило „Мицубиши“ регистарске ознаке LF-104-AT којим је управљао М.З., па када су уочили да је у видно алкохолисаном стању од њега захтевали поклон у износу од 100 евра да га не би подвргли испитивању да ли има алкохола у организму и од њега на лицу места привремено одузели возачку дозволу и искључили га из саобраћаја, а затим, када је М.З., свестан свога дела, те да је забрањено, али хотећи његово извршење, дао једном од њих двојице новчаницу од 100 евра да од стране полиције не буде подвргнут испитивању да ли има алкохола у организму и да од њега не одузму возачку дозволу и искључе га из саобраћаја, дозволили му да настави возњу возилом без утврђивања у којој мери је под дејством алкохола, а новац који су примили од њега поделили.

Кривични поступак против оптужених М.Н., Д.Н. и М.З. окончан је у првом степену пресудом Окружног суда у Краљеву К. 95/07 од 4.1.2008. године. У образложењу пресуде је наведено: „Приликом давања одбране пред овлашћеним службеним лицима (ОСЛ) Полицијске управе (ПУ) у Краљеву 24.11.2007. опт. Д.Н. је по службеној дужности постављен адвокат Д.П. из Краљева, такође, овај бранилац му је касније додељен од стране Суда пре давања одбране пред истражним судијом.

С обзиром да се овај кривични поступак води и против страног држављанина опт. М.З. од кога је била одузета путна исправа, а нема пребивалиште у Србији, Суд је одмах по пријему оптужнице заказао главни претрес за 19.12.2007. године, на претрес су позвана лица чије је присуство неопходно, између осталих и бранилац опт. Д.Н. по службеној дужности адв. Д.П. Међутим, поднеском који је примљен у суд на дан претреса, дакле 19.12.2007. адв. Д.С. из Краљева је обавестио Суд да га је опт. Д.Н. 18.12.2007. ангажовао за браниоца у овом поступку, те није упознат са предметом одбране, уједно 19.12.2007. већ је ангажован пред другим судом, зато није у могућности да приступи на претрес, замолио је за одлагање претреса.

Након што је оценио да се ради о *покушају злоупотребе процесних права*¹⁰¹⁰ од стране Д.Н. и његове изабране одбране, Суд је из опреза, у циљу спречавања

¹⁰¹⁰ Колико нам је познато, ово је један од ретких, ако не и први случај у пракси да је српски кривични суд изричито и непосредно у образложењу пресуде квалификовао одређено понашање одбране као злоупотребу процесних права у кривичном поступку и описао мере предузете од стране суда да се злоупотреба превазиђе и онемогући у даљем току поступка.

одуговлачења поступка задржао браниоца опт. Д.Н. по службеној дужности адв. Д.П. и на главном претресу, при чему се његово ангажовање свело само на присуствовање у судници без мешања у рад изабраног браниоца“.^{1011, 1012}

Дакле, у овом случају првостепени суд је, ради осујећења процесне злоупотребе одбране (окривљеног и његовог изабраног браниоца) поступио противно одредби Законика о кривичном поступку која га је обавезивала да, када окривљени ангажује изабраног браниоца, разреши браниоца постављеног по службеној дужности.¹⁰¹³ Међутим, ова кривичнопроцесна ситуација ни на који начин није утицала на право окривљеног на одбрану, како материјалну, тако и формалну. „Резервни бранилац“ окривљеног по службеној дужности, који се ни на који начин није мешао у рад изабраног браниоца, имао је само функцију обезбеђења интереса суда (поступка) од евентуалних радњи злоупотребе лица ангажованих на страни одбране.

Став првостепеног суда о овој процесној ситуацији у потпуности је подржан у одлукама виших инстанци.

Одлучујући о жалбама на ову пресуду Врховни суд Србије је у пресуди Кж. I 140/09 од 9.3.2009. навео у образложењу: „Неосновани су жалбени наводи и браниоца опт. Д.Н. да је првостепени суд повредио право одбране овог оптуженог и тиме учинио битну повреду одредаба кривичног поступка ... јер је на главном претресу задржао и браниоца по службеној дужности. Првостепени суд је на страни 3. своје пресуде дао потпуне разлоге зашто је то учинио, а наиме, из опреза, а у циљу спречавања одуговлачења поступка ... задржао је браниоца опт. Д.Н. по службеној дужности, адвоката Д.П. из Краљева на главном претресу, при чему се његово ангажовање свело само на присуствовање у судници без мешања у рад изабраног браниоца, тако да је изабрани бранилац, адвокат Д.С. имао пуну слободу када је бранио опт. Д.Н. на главном претресу“.¹⁰¹⁴

¹⁰¹¹ Бранилац по службеној дужности позван је на главни претрес, а затим је на почетку главног претреса добио изричита упутства од судије председника већа да се од њега очекује пасивно држање у присуству браниоца ангажованог од стране оптуженог.

¹⁰¹² Пресуда Окружног суда у Краљеву К. 95/07 од 4.1.2008. године. Извор: архива Окружног суда у Краљеву.

¹⁰¹³ Члан 80. став 2. тачка 1. Законика о кривичном поступку: „... бранилац постављен по службеној дужности ће бити разрешен ако окривљени [или његов законски заступник, брачни друг, сродник по крви у правој линији, усвојитељ, усвојеник, брат, сестра, хранитељ и лице са којим окривљени живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници живота] узме другог браниоца“.

¹⁰¹⁴ Пресуда Врховног суда Србије Кж. I 140/09 од 9.3.2009. године. Извор: архива Окружног суда у Краљеву.

Одлучујући о захтевима осуђених за испитивање законитости правноснажних пресуда Окружног суда у Краљеву К. 95/07 од 4.1.2008. и Врховног суда Србије Кж. I 140/09 од 9.3.2009. године, Врховни суд Србије је пресудом Кзп. 404/09 од 22.10.2009. године одбио захтеве као неосноване. Суд ванредног правног лека је тврдње одбране да су судови нижег степена повредили право на одбрану Д.Н. тако што је у току главног претреса у судници задржан његов бранилац по службеној дужности, иако је он ангажовао другог адвоката браниоца, оценио на исти начин као у пресуди ВСС Кж. I 140/09 од 9.3.2009. године.¹⁰¹⁵

Мислимо да суд, односно друга страна у поступку преко суда, у току трајања поступка може да посегне за процесним радњама које у одређеној мери нису у складу са одредбама Законика о кривичном поступку у циљу спречавања или осујећења злоупотреба других учесника у поступку. Међутим, овакве превентивне процесне радње суда морају да испуњавају следеће критеријуме: 1) да ни на који начин не мењају процесноправне ситуације било којег учесника у поступку; 2) да ни на који начин не умањују право окривљеног на одбрану.

Сличан став је заузео Европски суд за људска права у предмету *Ensslin, Baader & Raspe v. Federal Republic of Germany*.

„22. ... Одлука у питању је донешена четрдесетог дана суђења које је трајало 191 дан. Потом су подносиоци с прекидима присуствовали суђењу, најмање до 8. маја 1976. године, дана смрти Улрике Мајнхоф; какви год да су били разлози за њихово одбијање традиционалног облика учешћа у расправи пред судом, они су могли да објасне своје мотиве и ставове и да критикују легитимност система установљеног да би се њима судило, што су и били главни правци њихове одбране. Разлог за доношење ове одлуке је медицински установљена немогућност окривљених да присуствују расправи у предмету дуже од три сата сваког дана, током периода од најмање шест месеци. Ово се односи на стање окривљених, које указује на њихову жељу да онемогуће започињање суђења, посебно прибегавањем штрајку глађу. У овим околностима, судија је оправдано могао да употреби једина средства која су му стајала на располагању како би спречио потпуно прекидање поступка, не стављајући притом одбрану у неповољан положај, будући да су браниоци били све време присутни и имали практично неограничене могућности састајања са својим клијентима. У светлу свих претходно изнетих чинилаца, наставак

¹⁰¹⁵ Пресуда Врховног суда Србије Кзп. 404/09 од 22.10.2009. године. Извор: архива Окружног суда у Краљеву.

претреса у одсуству окривљених се не може сматрати кршењем права и слобода зајемчених Конвенцијом, што се посебно односи на већ поменуће одредбе“.^{1016, 1017}

Дакле, у овом случају, након што је утврдио да више окривљених свесно чине сложену процесну злоупотребу, доводећи себе у психофизичка стања у којима не могу да учествују у суђењу, све у циљу онемогућавања да се суђење одржи, суд је, иако су се налазили у притвору, дакле били доступни, донео одлуку да се суђење одржи у њиховом одсуству, а у присуству њихових бранилаца.

2.3. Судска пракса као извор злоупотреба процесних права у кривичном поступку

Други битан извор могућности за злоупотребе процесних права су погрешна референтна судска пракса и ставови највиших судских инстанци.¹⁰¹⁸

¹⁰¹⁶ Одлука Европског суда за људска права у предмету *Ensslin, Baader & Raspe v. Federal Republic of Germany*, представке број 7572/76, 7586/76 и 7587/76, 8. јул 1978. године, DR 14, 64, објављено у: Dž. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009., 242.

¹⁰¹⁷ Битно је рећи да у време суђења о којем је реч немачки *StPO* није садржао одредбу § 231a (уведену изменама и допунама из 1994. године) у којој је наведено: Ако је оптужени намерно и незаконито себе довео у стање неспособности да присуствује претресу и ако тиме свесно спречава правилно одржавање или наставак главног претреса у његовом присуству, онда се главни претрес, иако оптужени још није саслушан о предмету оптужбе, одржава или наставља у његовом одсуству, уколико суд сматра да његово присуство није нужно.

Сличну одредбу (очигледно осмишљену по угледу на § 231a *StPO*) садржи српски кривичнопроцесни закон из 2011. године у чијем члану 74. став 1. тачка 5. је наведено да окривљени мора имати браниоца ако се главни претрес одржава у његовој одсутности због неспособности коју је сам проузроковао – од доношења решења да се главни претрес одржи у његовој одсутности, па до правноснажности решења којим суд утврђује престанак неспособности за учествовање на главном претресу.

¹⁰¹⁸ Ур.: „Ja također radim na Katedri za građansko procesno pravo i bavim se građanskim postupkom, doduše poglavito teorijski. Ne mogu se svakako pohvaliti sa praktičnim iskustvom koje imaju neki među vama. Međutim, nakon nekih priča o tome kako to praktično iskustvo izgleda, osjećam sve manje nostalgije za tim praktičnim iskustvom.

...

Ne bih posebno govorio o svemu tome, možda bih samo upozorio da se veliki generator odugovlačenja i zlouporaba ne nalazi, kao što se uglavnom tvrdilo do sada, u ponašanju prvostupanijskih sudova negoli viših, pa i najviših sudova u Hrvatskoj. Riječ je o načinu na koji se interpretirala sama struktura ZPP-a, posebno u pogledu dokazivanja, u pogledu obveze suda da izvede određene dokaze, u pogledu prava suda da postavi prekluzivne rokove i u pogledu zahtjeva stranaka za izvođenjem ovog ili onog dokaza. Riječ je, u krajnjoj liniji, i u stajalištu viših sudova u pogledu toga hoće li ili neće preuzeti odgovornost za konačnu odluku. Hoće li, kao što je kolega Anić rekao, preuzeti odgovornost, provesti drugostupanijsku raspravu (što svakako i prema sadašnjem zakonu mogu) i nakon toga razriješiti spor – to je svakako pitanje koje se ne mora ZPP-om riješiti jer se već i u sadašnjem ZPP-u propisan odgovor, samo ga viši sudovi ne koriste. Tako da mi se čini da je dobar dio sadašnjih problema u praksi, kao što su pitanje neprimjenjivanja pravila o teretu dokazivanja, pitanje nedostataka u planiranju postupka, održavanja pripremnog ročišta na kojem bi se točno fiskirali pojedini stadiji daljnjeg postupka i način koncentracije daljnjeg postupka (kao i konkretni rokovi kojih se stranke moraju pridržavati), da je sve to zapravo ugrađeno donekle i u sadašnju strukturu ZPP-a.

Jasno, moguće su i bolje i preciznije odredbe, ali pitanje je jesu li moguće tako precizne odredbe da ih se u praksi ne bi moglo zaobići. Međutim ono što bi možda bila potencijalna tema nakon zlouporabe prava stranaka u postupku bila bi zlouporaba pri interpretaciji (procesnog) zakona i kako interpretacijom zakona zlouporabe izbjeći. Hvala lijepo”.

Као пример за ово навешћемо пресуду Врховног касационог суда из 2014. године којом је усвојен као основан захтев за заштиту законитости адвоката браниоца осумњиченог, и укинута правноснажна решења основног суда.¹⁰¹⁹

Према стању у списима Основно јавно тужилаштво (ОЈТ) је решењем¹⁰²⁰ одбацило кривичну пријаву против осумњиченог Г.С. због кривичног дела фалсификовања службене исправе¹⁰²¹ и о томе обавестило суд дописом. Након тога истражни судија основног суда је, одлучујући о захтеву браниоца да се осумњиченом на име трошкова кривичног поступка исплати износ од 81.750,00 динара, оценио да је захтев делимично основан и решењем¹⁰²² одредио да осумњиченом припада накнада трошкова у износу од 59.250,00 динара, и то на име одбране осумњиченог на рочиштима одржаним 4.2.2013. и 20.2.2013. године, те на име разгледања списа 7.2.2013. године. Суд је оценио као неоснован део захтева за накнаду трошкова који се односи на састав поднесака од 5.3.2013. и 14.10.2013. године јер, како је наведено у образложењу решења, *ниједан од ових поднесака није поднет у сврху разјашњења предметне кривичне ствари*. Ванпретресно веће основног суда је решењем¹⁰²³ одбило као неосновану жалбу браниоца на решење истражног судије са образложењем да поднесак браниоца од 5.3.2013. године није поднет у сврху разјашњења конкретне кривичне ствари, већ да представља *пропратни акт* уз поднету документацију, а да се *трошковник* од 14.10.2013. године, који је бранилац поднео у име осумњиченог, *не може сматрати поднеском* у смислу Законика о кривичном поступку.¹⁰²⁴

Одлуке првостепеног суда су правилне, јер поднесци које је бранилац тарифирао, а које је суд одбио да плати, нису у функцији одбране оптуженог, конкретно, трошковник је обичан рачун за учињене услуге од стране адвоката. Захтев браниоца да и ови поднесци буду тарифирани, и плаћени од стране суда, јесте злоупотреба права браниоца на трошкове кривичног поступка.

Vid.: A. Uzelac, *Autorizirano izlaganje prof. Dr. Sc. Alana Uzelca* na 76. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 19.3.2002. u Zagrebu na temu: *Zloporabe u građanskom postupku*, Bilten br. 5, str. 204-206.; elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

¹⁰¹⁹ Види пресуду Врховног касационог суда Кзз. 55/2014. од 5.2.2014. и решења Основног суда у Краљеву Ки. 802/12 од 18.10.2013. и Кв. 762/13 од 10.12.2013. године.

¹⁰²⁰ Решење Основног јавног тужилаштва у Краљеву Кт. 1809/12 од 20.8.2013. године. Извор: архива Основног јавног тужилаштва у Краљеву.

¹⁰²¹ Члан 357. став 1. Кривичног законика.

¹⁰²² Решење Основног суда у Краљеву Ки. 802/12 од 18.10.2013. године. Извор: архива Основног суда у Краљеву.

¹⁰²³ Решење Основног суда у Краљеву Кв. 762/13 од 10.12.2013. године.

¹⁰²⁴ Члан 229. став 1. Законика о кривичном поступку: Оптужба, предлог, правни лек и друга изјава или саопштење подноси се писмено или се даје усмено на записник.

Међутим, Врховни касациони суд је уважио као основан захтев за заштиту законитости браниоца осумњиченог, укинуо правноснажна решења и предмет вратио основном суду на поновно одлучивање. Према мишљењу Врховног касационог суда, тиме што осумњиченом није досудио трошкове на име састава два образложена поднеска, те је погрешно оценио да ова писмена не представљају поднеске у смислу Законика о кривичном поступку, основни суд је учинио повреду закона.¹⁰²⁵ Наиме, Закоником о кривичном поступку је прописано да су поднесци: оптужба, предлог, правни лек и друга изјава или саопштење које се подноси писмено или се даје усмено на записник. Дакле, поднесак представља сваки акт којим се писмено комуницира с органима поступка. Следствено томе, поднесак браниоца осумњиченог од 14.10.2013. године, који представља захтев за накнаду трошкова поступка, представља поднесак у смислу Законика о кривичном поступку. Поднесак од 5.3.2013. године такође представља поднесак у смислу Законика о кривичном поступку јер је овим поднеском бранилац осумњиченог доставио суду документацију потребну ради извођења графолошког вештачења. Зато је погрешан закључак основног суда, изнет у првостепеном и другостепеном решењу, да ова писмена не представљају поднеске у смислу Законика о кривичном поступку.

Овим је Врховни касациони суд стао на становиште да је трошковник који је сачинио бранилац (који је, уствари, само попис трошкова које је окривљени имао на име одбране од стране браниоца адвоката), који се у пракси најчешће усмено изјављује на записник и којим се предлаже да суд окривљеном досуди те трошкове – поднесак одбране у функцији одбране окривљеног, те да подлеже тарифирању, јер га је сачинио бранилац.

На овај начин је, практично, Врховни касациони суд санкционисао злоупотребу права браниоца (окривљеног) као основану, и досудио му нешто на шта нема право. Након овога, браниоци окривљених (али и адвокати пуномоћници оштећених у кривичном поступку, као и адвокати пуномоћници у парничном поступку) почели су да редовно тарифирају трошковнике које су подносили у поступцима, што до одлуке Врховног касационог суда није била пракса.

¹⁰²⁵ Одредбе члана 229. став 4. ЗКП у вези са чланом 265. став 1. и чланом 229. став 1. ЗКП, у вези тарифног броја 4. став 2. Тарифе о наградама и накнадама трошкова за рад адвоката („Службени гласник Републике Србије“ број 121/2012).

Глава VI

ДОКАЗИВАЊЕ И КВАЛИФИКАЦИЈА ЗЛОУПОТРЕБА ПРОЦЕСНИХ ПРАВА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

У највећем броју случајева у кривичним поступцима квалификација процесних злоупотреба као таквих – и поред императивне норме Законика о кривичном поступку којом је суду стављено у обавезу да спречи процесне злоупотребе („Суд је дужан... да онемогући сваку злоупотребу права...“) – изостаје у пракси. Врло је тешко, готово немогуће пронаћи судску одлуку којом је конкретна процесна радња учесника у кривичном поступку утврђена као злоупотреба.

„У току контроле од стране судија Вишег суда уочене су погрешке у поступању судија нижих судова.

...

3) Поново: у прегледаним предметима уочено је да се претреси уредно заказују, али у приличном броју поступака долази до одлагања и по више пута због неоправданог неодржавања окривљених и/или браниоца, у неколико случајева и јавног тужиоца.

И даље је пракса судија основних судова да са њихове стране изостаје било каква реакција у ситуацијама када је очигледно да оптужени и њихови браниоци злоупотребљавају своја процесна права неоправданим недоласком на главне претресе, а у циљу одуговлачења поступка и осујећења да се утврди њихова кривица и да им се изрекне казна за учињено кривично дело. Ово је очигледно из више предмета основних судова који су били предмет ове контроле, посебно у кривичним стварима са више оптужених и бранилаца.

...

У кривичним поступцима у којима је очигледно да учесници употребљавају процесна права не ради разрешења кривичне ствари, већ ради остваривања својих личних интереса, дакле, да злоупотребљавају процесна права, суд мора да реагује одлучно и енергично и да таква поступања осујети и санкционише. Законик о кривичном поступку садржи одредбе о кажњавању кривичнопроцесних учесника, и, поново, оне морају да се примењују.

Оваква пракса судија спречиће наступање застареле кривичног гоњења, убрзаће кривичне поступке, допринеће већем ауторитету суда према учесницима у кривичном поступку и већем поверењу јавности у судску власт“.¹⁰²⁶

Да би се конкретно процесно понашање спречило, онемогућило као злоупотреба права, оно претходно мора да се утврди, правно квалификује као такво. У правној теорији није спорно да је квалификација процесне радње, или више њих, учесника у поступку као злоупотребе тешка и компликована активност.¹⁰²⁷ Такође, није спорно да је злоупотреба процесних права у судском поступку недопустива без обзира од кога потиче, и да се мора спречити.¹⁰²⁸ Опет, да би се конкретно процесно поступање

¹⁰²⁶ Извод из Извештаја [председнику суда] Вишег суда у Краљеву о контроли кривичног одељења Основног суда у Краљеву и Основног суда у Рашки у октобру 2014. године (Виши суд у Краљеву I Су 5/14-12 од 24.10.2014. године). Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

¹⁰²⁷ S. Bejatović, *Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva Srbije (norma i praksa)*, NBP, Žurnal za kriminalistiku i pravo, Beograd, 2/2015., 48-49.

¹⁰²⁸ „Iskorištavanje prava radi svrha suprotne onima zbog kojih su ustanovljene, a posebno, uplitanje u kazneni postupak raznih „vanjskih“ čimbenika (različitih od sudionika u kaznenom postupku) motiviraju me da ustvrdim još jednom: zloporabu treba onemogućiti!“ Vid.: M. Sverdović, *Autorizirano izlaganje Marijana Sverdovića, sudije Vrhovnog*

квалификовало као злоупотреба, оно се мора доказати као такво. Квалификација одређеног процесног понашања као злоупотребе процесног права заснива се на утврђивању те претпоставке или чињенице уз помоћ доказа.

Процесуалиста практичар ће у недоумици, да би решио своје дилеме, увек да посегне за Закоником о кривичном поступку. Међутим, речено је, ниједан процесни закон не садржи одредбе које нуде одговоре. „Принципијелна нерешеност“ овог проблема у процесним законима је „камен спотицања“ за активно супротстављање процесним злоупотребама у судском поступку. Судијама је, по правилу, у већини случајева јасно када учесник у поступку врши злоупотребу права, али реакција суда у вези тога најчешће изостаје, јер само једна унутрашња, лична убеђеност, у недостатку правила како се процесна радња, односно ситуација квалификује као (материјална) незаконитост, још увек није довољна за кажњавање извршиоца процесне злоупотребе.¹⁰²⁹

1. Препознавање и доказивање злоупотребе процесних права у кривичном поступку

1.1. Препознавање процесне злоупотребе као могућности

Утврђивање процесних злоупотреба је комплексна делатност. Ово зато што је предмет доказивања у конкретном случају материјална незаконитост процесне радње учесника у кривичном поступку која, често, на први поглед, има све одлике законите, перфектне процесне радње. Особеност утврђивања чињенице процесне злоупотребе карактерише то што се у поступку злоупотребе права мења правна оцена понашања лица које врши злоупотребу субјективног права. Започето као законито, и управо тако и оцењено, понашање се мења, излази из граница дозвољеног понашања и прераста у

suda Republike Hrvatske, na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 28.2.2002. na temu: *Zloupotrebe procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 129-178., elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

¹⁰²⁹ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 121-128.

злоупотребу.¹⁰³⁰ Често је тешко да се утврди где се завршава право, а где почиње злоупотреба.¹⁰³¹

Из ових разлога, као први корак у утврђивању да конкретна процесна радња није вршење процесног права већ процесна злоупотреба јесте њено препознавање као могућности злоупотребе.

Ово није проблем код „лако препознатљивих“ процесних злоупотреба. Често сам учесник у кривичном поступку изјави, а орган поступка забележи у записник о главном претресу, да је одређену процесну радњу предузео само из разлога да би напакостиио противнику, да би му причинио штету, или зато што га је противник, наводно, неосновано оптужио. Понекад није потребна ни изјава; из самих поступака учесника у поступку или више њих очигледно је да чине злоупотребу процесних права (нпр., када другостепени суд укине пресуду и, без икаквог образложења, изузме првостепено веће из даљег поступања у конкретној кривичној ствари).

Далеко је теже препознати као могућност латентне, тешко препознатљиве, сложене, вишекратне процесне злоупотребе. Према старијој процесноправној теорији основна одлика злоупотребе у судском поступку огледа се у намери доношења штете противној страни вршењем процесног права, те у недостатку ваљаног правног интереса за предузимање процесне радње.¹⁰³² Слично схватање заступљено је и у новијој теорији.¹⁰³³ С друге стране, у теорији се налазе мишљења да процесне злоупотребе

¹⁰³⁰ О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, ФГБОУ ВПО «Южно-Уральский государственный университет» (НИУ), ноябрь 2013.

¹⁰³¹ Т. П. Подшивалов, *Запрет злоупотребления процессуальными правами в арбитражном процессе*, Российская юстиция, 2014. № 9. С. 17-20.

¹⁰³² Уп.: „Питање се сада поставља: како ћемо открити злоупотребу, по којим ћемо знацима познати, да ли је титулар вршио своје овлашћење коректно, или је то чинио у неком недопуштеном циљу или на недопуштен начин? На ово се не може одговорити једном општом формулом, која би важила за све случајеве. Понекад је злоупотреба очигледна, тако да нема двоумљења. Али су, други пут, потребна суптилнија истраживања, треба пажљиво проценити све дате околности, а при том не занемарити ни мотиве, који су странку руководили да предузме одређену радњу. Код предузимања радњи којима се иде на одлагање рочишта, код улагања правног лека, лако се открива намера за одуговлачење спора или за шиканирање противника. Понекад се може открити и намера да се противнику нанесе штета. Но, мени се чини да је недостатак оправданог интереса за предузимање одређене радње најсигурнији знак злоупотребе“. Вид.: М. Ч. Марковић, *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, Архив за правне и друштвене науке, 1937, књига 34, број 1, 54.

¹⁰³³ Уп.: „На терену извршног поступка злоупотреба процесних овлашћења претежно се јавља у фази спровођења извршења и усмерена је на пролонгирање реализације права извршног повериоца. Конкретно процесно овлашћење је злоупотребљено кад предузета радња није корисна за развој поступка и његово одвијање ка крајњем циљу, или кад странка прелази границе друштвене конвенције консакриране правилима процедуре. Сигуран и поуздан знак за утврђивање евентуалне злоупотребе увек је недостатак оправданог правног интереса“. Вид.: G. Stanković, *Zloupotreba prava stranaka u izvršnom postupku*, *Pravni život* broj 12/2014, str. 5-18.

карактерише својеврсна непрородност вршења субјективних процесних права,¹⁰³⁴ односно, денатуризација процесних института, те да се могу препознати по овој карактеристици. Међутим, не постоји одговор, односно сагласност око тога шта је „неприродност“ процесне радње, односно вршења субјективног процесног права.

У бити, сва ова мишљења су основана, али непотпуна. Разлог за ово је разноврсност појавних облика (видова) процесних злоупотреба. Шиканозно, исто као и бескорисно (без интереса), такође, неразумно вршење процесних права (уколико „неприродност“ процесне радње схватимо као процесно поступање противно начелу разумности вршења субјективних процесних права) само су неки од видова злоупотреба процесних права у судском кривичном поступку.

Препознавање процесне злоупотребе као могућности је препознавање делатности која се, пре свега, одвија у психичкој сфери субјекта извршиоца процесне злоупотребе, а затим се манифестује као процесна радња (пропуштање) у поступку. У поступку препознавања процесне злоупотребе морају се имати у виду њене карактеристике.¹⁰³⁵

Сматрамо да се објективна карактеристика процесне радње злоупотребе у кривичном поступку може и мора тражити у противности конкретне радње начелима, условима вршења субјективних кривичнопроцесних права учесника у кривичном поступку. Уколико је процесна радња – или више процесних радњи у међусобној вези једног учесника, или више учесника у поступку, опет, у међусобној вези – противна начином вршења или последицом начелима, условима вршења субјективних кривичнопроцесних права учесника у поступку (шиканозна, бескорисна, непримерена, противциљна, несразмерна, неразумна, неморална, неправична), онда се може основано претпоставити да је реч о процесној радњи злоупотребе.

Ово је, дакле, објективна карактеристика кривичнопроцесне радње злоупотребе.

Оно што је извесно јесте да сложене, латентне злоупотребе процесних права као могућност лакше препознаје другостепени суд. Сигурно да је један од разлога за ово веће искуство судија виших судова. Међутим, чини нам се да је за ово пресудна околност да првостепени суд „посматра“ конкретну кривичну ствар фрагментарно, етапно, од

¹⁰³⁴ Тако, Т. П. Подшивалов наводи да је при злоупотребама процесних права које су извршене радњама (чињењем) присутна извештаченост (неприродност), која нема никакве везе са стварним основом спора и чињеницама случаја. Вид.: Т. П. Подшивалов, *Запрет злоупотребления процессуальными правами в арбитражном процессе*, Российская юстиция, 2014. № 9., 17-20.

¹⁰³⁵ Вид.: О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, ФГБОУ ВПО „Южно-Уральский государственный университет“ (НИУ), ноября 2013.; исто: Т. П. Подшивалов, *Запрет злоупотребления процессуальными правами в арбитражном процессе*, Российская юстиция, 2014. № 9., 17-20.

рочишта до рочишта, често му је поглед на поступак у конкретној ствари у целини и поступање странака у њему „замагљен“ обраћањем пажње и на друге предмете (поступке) у раду. Са друге стране, другостепени суд је, било приликом контрола рада нижих судова, или приликом одлучивања по жалби, у ситуацији да сагледа предмет и поступање учесника у конкретном поступку у целини и да релативно лако уочи континуирано диспонирање једног или више учесника у поступку својим правима у циљу деструкције поступка.

У кривичном поступку који је вођен пред судом у Краљеву против два окривљена из Ниша (који, дакле, живе у другом граду, а не у месту суда пред којим се водио поступак) и више окривљених из Краљева, због кривичног дела насилничко понашање из члана 344 став 2 у вези став 1 Кривичног законика (КЗ) и кривичног дела учествовање у групи која изврши кривично дело из члана 349 став 1 КЗ, сви окривљени су имали браниоце, од којих је један био из Ниша. Код околности да главни претрес у овој ствари није одржан, безмало, шест година, заступник јавне тужбе је предложио да се против окривљених из Ниша одреди притвор јер очигледно злоупотребљавају право да им се суди у присуству. Основни суд (ванпретресно веће) је одбио предлог. Одлучујући по жалби виши суд је сагледао процесна поступања (пропуштања) оптужених и њихових бранилаца у целини у периоду од јула 2009. године до фебруара 2016. године и утврдио чињенице због којих је укинуо ожалбено решење.

У образложењу решења виши суд је навео: „Из чињеничног стања које је овај Суд скицирао у наводима образложења овог решења *могло би се, пажљивом проценом поступања оптужених који живе у Нишу и њихових бранилаца, закључити, уз узимање у обзир поступања и других оптужених и бранилаца у овој кривичној ствари, да постоји опструкција поступка од стране одбране у циљу одуговлачења поступка ради остварења бенефиције застарелости кривичног гоњења* (курзив М.Д.). Непотребно је, опет, рећи, ако је ово истина, какве то последице има за Суд, државу и поверење јавности у правосуђе Србије“.¹⁰³⁶

Дакле, објективни елеменат процесне злоупотребе, уколико није очигледан, утврђује се, најчешће, на основу индиција, претпоставки, посредним путем.

Онај који препознаје, а затим и доказује постојање процесне злоупотребе (у наведеном примеру то је био јавни тужилац који је на главном претресу изјавио: „... да

¹⁰³⁶ Вид.: Решење Вишег суда у Краљеву Кж. 63/16 од 12.2.2016. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

сматра да се у овом поступку Суд креће у зачараном кругу, што је узроковано понашањем првенствено окривљених који се не одазивају на главни претрес, из разлога што на сваком од главних претреса неко од окривљених не долази и поред тога што је упозорен од стране суда на последице недоласка. Осим тога, сматра да процесну недисциплину испољавају поједини браниоци...“, те је предложио притвор против два оптужена која не живе у месту суда), има пред собом процесну ситуацију која је таква да спречава суд у поступању, блокира ток поступка (као у наведеном примеру), или без објашњења усмерава поступак у другом правцу (у случајевима којима се кривична ствар злоупотребом делегира другом суду, у случајевима у којима се злоупотребом из поступка одстрањује судија, вештак), или спречава учесника у поступку да несметано врши своје субјективно процесно право (рецимо, окривљеног да се брани у случајевима процесних злоупотреба извршених од стране тужиоца или суда), или је садашње процесно поступање учесника противречно његовом ранијем поступању у поступку у које су се други учесници поуздали, те његово измењено поступање шкоди њима или поступку (бранилац је против правноснажне пресуде уложио ванредни правни лек, а када је одбјен тражи да се жали на првостепену пресуду коју, наводно, није примио; или, бранилац је предложио саслушање сведока у другој држави замолним путем, а када је суд прибавио исказ сведока, позвао се на принцип непосредности и тражио да се сведок ипак позове и непосредно саслуша пред судом).

Све ове процесне ситуације, објективно, индицирају да је у конкретном случају реч о злоупотреби процесног права.

2.1. Доказивање процесне злоупотребе

А. В. Юдин наводи да се неки руски аутори песимистички односе према самој могућности доказивања процесне злоупотребе, јер је практично немогуће доказати процесне радње злоупотребе странке, док други сматрају да је коришћење ове процесне категорије могуће само са великом обазривошћу.¹⁰³⁷

Слично схватање заступљено је и од стране јужноамеричких процесуалиста. Тако, R. G. Loutaуf Ranea сматра да судије треба да рестриктивно примењују институт забране злоупотребе процесних права, само изузетно, када је потпуно извесно да је реч о процесној злоупотреби, да би се избегла „злоупотреба злоупотребе права“. У недоумици

¹⁰³⁷ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 121-128.

treba pretpostaviti da злоупотреба ne postoji. Судска пракса и доктрина такође сматрају да се казне за процесну злоупотребу морају примењивати са изузетним опрезом и разумно; квалификација конкретне процесне радње за злоупотребу треба да буде под рестриктивним приступом, који ни на који начин не утиче на право окривљеног на одбрану.¹⁰³⁸

Након што је препозната као могућа, доказивање процесне злоупотребе своди се на утврђивање, доказивање психичког односа извршиоца према радњи и последици злоупотребе. Дакле, мора се утврдити субјективна страна кривичнопроцесне радње злоупотребе,^{1039, 1040} да је учесник у кривичном поступку (кршећи принципе вршења субјективних процесних права) свестан да својом радњом, начином њеног вршења и/или њеном последицом, чини шкођење кривичнопроцесним односима (поступку) и/или штету другим учесницима у поступку (доводећи их у за њих лошије процесне ситуације, у којима не би били да процесна злоупотреба није учињена), и хоће такву своју радњу и/или њену процесну последицу, или пристаје на њу.

Тада можемо са сигурношћу рећи да је учесник у кривичном поступку предузео кривичнопроцесну радњу злоупотребе.

Процесне злоупотребе се врше *свесно*. То је понашање којим учесник у кривичном поступку *свесно* иде за тим да причини шкођење (штету) другим учесницима у поступку и/или самом поступку, или прихвата такву последицу своје процесне радње.

¹⁰³⁸ R. G. Loutayf Ranea, M. Alejandra Loutayf: *Proscripción del abuso del derecho en el proceso civil*, „Revista de la Asociación Argentina de Derecho Procesal“, Año IV, n° 6, Diciembre de 2010., 69.

¹⁰³⁹ Ур.: „Pri utvrđivanju zloupotrebe procesnog prava ili ovlasti sud ne smije izostaviti subjektivni kriterij: ako polazimo od toga da pojam procesne radnje pretpostavlja *voljno* ponašanje procesnog subjekta koje ima određeni procesnorelevantni učinak, onda pri ocjenjivanju eventualne zloupotrebe procesnog prava moramo utvrditi i njegov svjesni odnos prema tom ponašanju (obično indicijelnim putem)“. Vid.: D. Krapac, *Kazneno procesno pravo*, Prva knjiga: Institucije, V. izmjenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, studeni 2012., 279.

¹⁰⁴⁰ „Ne slažem se da je u tom pogledu sudbena vlast u bezizlaznoj situaciji, a zbog poteškoća sankcioniranja zloupotreba prava koje se očituju u „kolegijalnosti“ i „nezamjeranju“ između sudionika kaznenog postupka. Naime, radi se o nečem drugom. Radi se o tome da subjektivni dio zloporabe prava (svjesno ometanje pravilnog tijeka kaznenog postupka) nije činjenično registriran u kaznenom postupku. Naši suci naučili su da kontroliraju (pa zatim i procesno sankcioniraju) samo ono kršenje zakona koje je propisano u Zakonu o kaznenom postupku i samo ono što je registrirano (utvrđeno) u kaznenom postupku. Ako u sudskom spisu (zapisniku o glavnoj raspravi) nema registracije činjenica iz kojih se vidi da sudionik kaznenog postupka (pa i sudac) svjesno zloporablja pravo, tada viši sud o zloporabi prava može steći dojam, a na temelju dojma ne donosi se odluka o zloporabi prava. Međutim, prof. Krapac, u svojoj knjizi, sasvim ispravno zaključuje da kod ukidnih odluka, u kojima je istaknuto, na bilo koji način, da sudac krši zakon na način da zloporablja pravo – ta okolnost mora imati odraza čak i na karijeru suca, mora imati odraza na njegov sudbeni autoritet, a na žalost, redovito ima odraza i na sudski autoritet kao takav“.

Vid.: M. Sverdović, *Autorizirano izlaganje Marijana Sverdovića*, sudije Vrhovnog suda Republike Hrvatske, na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu na temu: *Zloporabe procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 175-177. dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

Дакле, када је утврђено одступање од начела вршења субјективних процесних права, мора се утврдити психички однос вршиоца злоупотребе према процесној радњи и последици злоупотребе.

У пракси је најтеже разграничити злоупотребу, дакле свесно поступање кршењем принципа вршења субјективних процесних права и тиме шкођење поступку и/или другим процесним учесницима, од незнања, глупости, алкавости, површности, незаинтересованости које узрокују исте процесне последице.¹⁰⁴¹

¹⁰⁴¹ „I još samo nešto: u razumijevanju subjektivne sastavnice zloporabe prava i ovlasti od strane suca u kaznenom postupku (dakle, poduzimanje radnji od strane suca koje su svjesno usmjerene na ometanje pravilnog tijeka kaznenog postupka) treba voditi računa da je istina da sud poznaje pravo (*iura novit curia*), ali isto tako, treba voditi računa da je nositelj poslova suđenja uvijek individualni sudac (makar i kao član kolegijalnog tijela koje odlučuje) kod kojeg je pretpostavka poznavanja prava ugrađena u normativni sustav kaznenog postupka ipak kao oboriva pretpostavka tj. strankama u kaznenom postupku je dozvoljeno da dokazuju suprotno. To ističem zbog toga, jer me iskustvo naučilo, da je najčešći razlog kršenja zakona neznanje, a ne zloporaba prava. Zato sam toliko oprezan u zauzimanju stajališta o tome što jeste, a što nije zloporaba prava u kaznenom postupku.

Evo nekih primjera moguće zloporabe ovlasti i prava od strane suca u kaznenom postupku, ali i nekih pitanja upućenih vama, kao i meni, naravno:

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada istražni sudac započne kazneni postupak donošenjem rješenja o provođenju istrage u trenutku kada osnovana sumnja da je određena osoba počinila kazneno djelo nije utemeljena na dokazima?

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada se istražni sudac suglasi s prijedlogom državnog odvjetnika da se ne provodi istraga u kaznenom postupku, a prikupljeni podaci, o kaznenom djelu i počinitelju, ne daju dovoljno osnova za podizanje optužnice?

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada istražni sudac vodi istragu u svezi kaznenog djela na koje se ne odnosi rješenje o provođenju istrage (a ne radi se o istražnim radnjama koje ne trpe odgodu)?

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada istražni sudac na neprikladan način izvješćuje tužitelja, branitelja, oštećenika i okrivljenika o vremenu i mjestu obavljanja istražnih radnji kojima oni po zakonu mogu biti prisutni (a ne postoji opasnost od odgode)?

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada istražni sudac faktički odbija izvođenje pojedinih dokaza predloženih od strane okrivljenika, a sa obrazloženjem da on nema dovoljno vremena da izvede niti dokaze koji su mu predloženi od strane podmositelja zahtjeva za provođenje istrage - državnog odvjetnika?

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada istražni sudac, protiv kojeg je podnesen zahtjev za otklon, ne zastane odmah sa svakim radom na predmetu sa obrazloženjem da mora "dovršiti istražnu radnju i obaviti još neke poslove" (a ne radi se o radnji za koju postoji opasnost od odgode)?

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada istražni sudac pri ispitivanju okrivljenika ne omogući okrivljeniku da se u neometanom izlaganju očituje o svim okolnostima koje ga terete i iznese sve činjenice koje mu služe za obranu, već mu sudac odmah počinje postavljati pitanje?

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada istražni sudac postavlja bilo okrivljeniku ili svjedoku sugestivna i kapiозна pitanja, a na prigovor stručne osobe (branitelja ili punomoćnika) odgovara da o tome mogu staviti prigovor na zapisnik o provođenju istražne radnje?

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada raspravni sudac (predsjednik vijeća) u zapisnik o glavnoj raspravi unosi mišljenja i zaključivanje svjedoka o činjenicama koje se utvrđuju u kaznenom postupku, a na prigovor da se radi o registriranju činjenica protivno zakonu, dobiva se odgovor da će sud o tim manama registracije činjenica voditi računa prilikom ocjene dokaza prilikom donošenja sudske odluke?

- da li se radi o zloporabi ovlasti i prava kada raspravni sudac (predsjednik vijeća) prosljeđuje zahtjev za svoj otklon predsjedniku suda iako je u zahtjevu za otklon postupljeno protivno odredbi članka 38. stavka 4. i 5. Zakona o kaznenom postupku tj. takav zahtjev na glavnoj raspravi odbacuje vijeće, a bez posebnog prava na žalbu?

Pitanja je mnogo i zato ću tu stati.

Moj odgovor na sva ta pitanja je sljedeći: da, tu se radi o kršenju zakona, a da li se radi i o zloporabi ovlasti i prava od strane suca u kaznenom postupku – ja to ne znam!

Međutim, ono što mi se čini nužnim jeste to da u slučaju kada viši sud utvrdi zloporabi ovlasti i prava od strane suca u kaznenom postupku, onda je i njegova dužnost da to u svojoj odluci i navede. Zbog sebe, a i zbog svih nas”.

Vid.: M. Sverdović, *Ibid.*

За свесно поступање је карактеристична свест субјекта о незаконитости свог понашања (односно претпоставка те свести). Решавање ових питања не може се одвојити од интелектуалних и вољних, дакле психофизиолошких карактеристика личности субјекта. Занимљиво запажање у односу на личности вршилаца процесних злоупотреба изнео је А. В. Юдин. По његовом мишљењу то су по правилу лица која имају одређени ниво правничког знања, које може да буде резултат професионалног образовања, или и последица сталног парничења. Друга лица која нису образована у правној сфери не прибегавају злоупотреби права, јер су упозната са садржајем субјективних права која им припадају само у општим цртама. У случају присуства карактеристика злоупотребе процесног права у њиховом понашању може да се говори само о њиховој искреној заблуди. Међутим, није потребно да неко има правно образовање, да буде професионални правник, да би знао да је неопходно да се на суду говори истина, или да суду могу да се презентују само писмена са истинитом садржином.¹⁰⁴²

Ми се не слажемо у потпуности са оваквим мишљењем, имајући у виду обавезу органа поступка да у свакој фази поучи учесника у поступку, посебно непрофесионалног, онога који нема правну помоћ од стране професионалних правнозаступника (браниоца, пуномоћника) о правима и дужностима које има у поступку. Орган поступка је дужан да [...] поучи окривљеног или другог учесника у поступку о правима која му припадају. Ако би окривљени или други учесник у поступку услед незнања могао да пропусти неку радњу или не искористи своја права, орган поступка је дужан да га упозори на последице пропуштања.¹⁰⁴³ Дакле, када је реч о учесницима у кривичном поступку искључено је њихово незнање о својим процесним правима и дужностима. Савремени кривични поступак је правни однос у којем је правило да се „игра отворених карата“. Злоупотреба права се јавља када најмање један учесник у поступку користи правила игре да не „игра“,¹⁰⁴⁴ или их користи ради остварења интереса које не штити процесни закон, или ради остварења интереса које не штити правни поредак.

Ради утврђивања својства односа вршиоца радње која има објективне карактеристике процесне злоупотребе према њеној радњи и последици највећи значај има непосредно посматрање од стране суда процесних радњи учесника у поступку и

¹⁰⁴² А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 121-128.

¹⁰⁴³ Члан 9. Законика о кривичном поступку.

¹⁰⁴⁴ F. W. A. Alves: *O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória*, *Revista da Direito e Liberdade – Mossoró* – v. 7, n. 3, jul/dez 2007., 83-100

проучавање података у вези са његовом личности. Процесна злоупотреба је свесно чињење (пропуштање), те при оцени овог феномена треба размотрити психолошки аспект, однос лица које врши злоупотребу права према својим поступцима. При утврђивању околности које указују на процесну злоупотребу преовлађују вредносни концепти, чији се садржај утврђује према конкретној ситуацији, у предметном кривичном поступку. Утврђивање чињенице да ли учесник у поступку излази изван оквира дозвољеног понашања, да ли је његова процесна радња у супротности са принципима вршења субјективних процесних права, захтева оцену на основу комплетних података у предмету, његовог претходног понашања, његових циљева и интереса које жели да оствари.

Највећа је тешкоћа доказивање управо унутрашњих детерминанти понашања субјекта, које су не само сакривене од свих, већ често несхваћене до краја и од стране самог лица и објективизирају се само у реално извршеним радњама (пропуштањима). Закључак о одговорности извршиоца злоупотребе, или о невином понашању може да буде изведен једино на основу анализе спољашњих манифестација активности субјекта.

Постоје мишљења да се због ових околности доказивање и квалификација злоупотребе права у кривичном поступку разликује се од доказивања других чињеница. Наводи се да је то другачија активност од доказивања, без обзира на то што је повезана са основном процесном делатношћу, са њеним циљевима и задацима. Њена особеност се састоји у томе што је активност на утврђивању злоупотребе у основи сконцентрисана, са једне стране, на оцену понашања лица које злоупотребљава своје право, а са друге стране на резултате таквог понашања. Прикупљања и провере доказа о злоупотреби права заправо нема, зато што су све чињенице, односно, понашање лица, његово деловање, већ утврђене током кривичног поступка и евидентирани од стране органа поступка у прописаној форми.¹⁰⁴⁵

Сматрамо да је мишљење претерано. Са друге стране, у случају и да се сложимо са овом тврдњом, сматрамо да треба правити разлику између утврђивања постојања злоупотребе процесних права пред првостепеним и пред другостепеним судом, односно, у поступању ове две инстанце на утврђивању постојања злоупотребе процесних права. Док се тврдња да нема прикупљања и провере доказа о злоупотреби права, јер су околности које се односе на тезу онога који тврди да је злоупотреба учињена већ налазе у списима кривичног предмета, може прихватити за поступак пред другостепеним судом,

¹⁰⁴⁵ О. И. Даровских, *Ibid.*

јер тај суд у највећем броју случајева одлучује (о основаности жалбе, односно ваљаности, законитости првостепене одлуке) на седници већа, на основу списка предмета првостепеног суда, чини нам се да су пред првостепеним судом врло могуће ситуације у којима онај који тврди да је учињена злоупотреба на његову штету мора да доказује своју тврдњу посебним доказима, не само оним који се већ налазе у списима.

Доказивање процесне злоупотребе је врста процесне активности доказивања која је усвојена у кривичном поступку. Процесне радње доказивања злоупотребе права учесника у кривичном поступку су радње доказивања прописане Закоником о кривичном поступку. Другачије и не може да буде, јер кривични поступак не познаје друга доказна средства осим оних која су приписана Закоником о кривичном поступку и која су прибављена на начин прописан тим законом.

Иницијатива за доказивање чињенице злоупотребе процесног права може да потекне од било којег учесника у поступку, јер је злоупотреба права незаконитост, те је њено сузбијање ствар општег интереса, а не само оних који су непосредно погођени њеним последицама. Из овога произлазе два правила у режиму злоупотребе права. Потреба да се неизоставно оствари општи интерес налаже да злоупотреба права наступа *ipso jure (ex lege)*, а не да зависи од воље странке. Не наступа *ope exceptionis*. Приговор, односно воља странке није конститутиван елемент за постојање злоупотребе права. Такође, извесно је да се о остварењу општег интереса неупоредиво више стара решење које не чини зависним од воље странке хоће ли суд да обрати пажњу на злоупотребу, већ налаже суду да мора по службеној дужности (*ex officio*) да води рачуна о томе не изводи ли неко своју претензију (захтев или приговор) из злоупотребе права, а не да у то сме да се упушта само ако странка (*ex privato*) приговори на злоупотребу права. Примена норми о забрани злоупотребе права не може да се учини зависном од приговора странке, дакле од приватне иницијативе, пошто је због постојања општег интереса реч о *ius cogens*, а примена или непримена когентне норме не препушта се приватној иницијативи, диспозицији странке, не зависи од воље странке.¹⁰⁴⁶ Суд није зависан од позиције лица чији су интереси погођени процесном злоупотребом, и мора да дозволи расправљање о томе. Учесници у поступку (и њихови пуномоћници) имају право да подносе захтеве о кршењу процесних норми и да траже од суда примену мера одговорности према виним лицима, да подносе доказе о постојању карактеристика злоупотребе права у радњама лица.

¹⁰⁴⁶ V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Номос“, Београд, 1997., 188.

Иницијатива за утврђивање процесне злоупотребе истиче се у поступку подношењем *захтева (приговора)* којим се тражи да се утврди да процесна радња учесника у кривичном поступку представља злоупотребу субјективног процесног права, са свим правним последицама које из те чињенице произилазе.

„На записнику о главном претресу од 3.6.2015. године констатовано је да је заменик ОЈТ у Краљеву изјавио: „... да сматра да се у овом поступку Суд креће у зачараном кругу, што је узрокованом понашањем првенствено окривљених који се не одазивају на главни претрес, из разлога што на сваком од главних претреса неко од окривљених не долази и поред тога што је упозорен од стране суда на последице недоласка. Осим тога, сматра да процесну недисциплину испољавају поједини браниоци ...“¹⁰⁴⁷

Терет доказивања процесне злоупотребе супротне стране у поступку (или суда) јесте на лицу које је истакло, поднело захтев за утврђивање злоупотребе.¹⁰⁴⁸

Прва и најважнија процесна радња суда у поступку утврђивања процесне злоупотребе је прибављање и записничко бележење изјаве самог лица о томе који је био разлог, повод да предузме одређену процесну радњу за коју се сумња да је злоупотреба, односно који је процесни циљ, сврха те радње. У својим објашњењима и иступањима лица која учествују у поступку могу да наводе чињенице и аргументе који сведоче о њиховим или злоупотребама процесних права других учесника у поступку. Из објашњења самог лица, изражених у форми произвољног или непроизвољног (ненамерног) признања може да буде изведен закључак о постојању злоупотребе. Често под утицајем јаких емоција учесник у поступку изјави да је започео поступак ради „кажњавања“ оптуженог, или сам оптужени изјави да му је одуговлачење поступка дало могућност да „исмејава“ тужиоца пред судом. Лица често не схватају објективни значај своје мотивације за предузимање незаконитих радњи, тако да је често не скривају нарочито од суда и других учесника у поступку.¹⁰⁴⁹

¹⁰⁴⁷ Решење Вишег суда у Краљеву Кж. 63/16 од 12.2.2016. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

¹⁰⁴⁸ А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005., 121-128.

¹⁰⁴⁹ *Ibid.*

Најконкретнији докази незаконитости у виду процесне злоупотребе су, логично, писани докази, нарочито садржина записника са главног претреса и судских одлука, у којима су забележене изјаве странака, искази сведока и трећих лица.

„2) Иако у много мањем броју случајева, поново је уочено поступање да у записнику о главном претресу није наведен разлог због којег се главни претрес одлаже, те да ли постоји нечија кривица за то, ако постоји – чија, и шта је суд предузео у вези тога. На овај начин онемогућена је примена одредаба ЗКП о процесној дисциплини и о санкционисању злоупотреба процесних овлашћења од стране учесника у кривичном поступку, односно о кажњавању учесника у кривичном поступку када постоје услови које ЗКП прописује за то.

Поново подвлачимо да у претресном записнику мора бити констатовано зашто се главни претрес одлаже и да ли постоји нечија кривица за то, ако постоји – чија, а затим на том или следећем рочишту за главни претрес треба применити одредбе ЗКП о санкционисању учесника кривичног поступка за одлагање, односно одредбе које прописују да је учесник кривичног поступка који је својом кривицом проузроковао трошкове поступка суду или другом учеснику поступка дужан да их надокнади.

Поново: ово је императивна норма кривичнопроцесног закона, те се мора примењивати.

Оваква пракса допринеће већем ауторитету суда према учесницима у кривичном поступку и већем поверењу јавности у судску власт“.¹⁰⁵⁰

Забележена у овим писменима, процесна злоупотреба, која је у „почетном стадијуму“ испољена као законита процесна радња, биће у својој „еволуцији“ у злоупотребу видљива свим учесницима у поступку, те онај који је извршио радњу злоупотребе касније неће моћи да негира да је учинио управо ту радњу, да је дао конкретна или нека друга објашњења. Све његове изјаве ће бити уписане у записник са главног претреса, или у писменима која је поднео суду (поднесци, предлози, писани докази, итд). Суд, образлажући позивање лица на одговорност због злоупотребе права, може и треба да се позове на ове доказе.¹⁰⁵¹

По потреби суд може да прибави на увид списе других кривичних (или других судских, парничних или управних) предмета који се односе на исту ствар на коју и

¹⁰⁵⁰ Извод из Извештаја [председнику суда] Вишег суда у Краљеву о контроли кривичног одељења Основног суда у Краљеву и Основног суда у Рашки у октобру 2014. године (Виши суд у Краљеву I Су 5/14-12 од 24.10.2014. године). Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

¹⁰⁵¹ А. В. Юдин, *Ibid.*

кривични поступак, да би из њих утврдио другачије процесно понашање учесника у поступку у вези истих чињеница (у ситуацијама у којима постоји сумња да је учињена процесна злоупотреба у виду *venire contra factum proprium*). На овај начин могу да се утврде и друге чињенице битне за вршење субјективних кривичнопроцесних права (на пример, да је оптужени у другом, парничном поступку у том суду користио на расправама језик суда, који разуме, којим говори, те да је његово инсистирање на преводиоцу у кривичном поступку злоупотреба права на употребу језика). На исти начин могу да се докажу злоупотребе месне надлежности суда. Суд може да, у циљу учвршћивања уверења о карактеру понашања оптуженог у конкретном кривичном поступку, изврши увид у други његов кривични предмет и из списка тог предмета утврди слично његово поступање (и/или његовог браниоца) неприступањем на главни претрес у циљу блокирања рада суда и одуговлачења трајања поступка; или да је оптужени и у другом поступку, на сличан начин као и у актуалном, правдао своје неприступање на претрес (нпр., неистинитим извештајима лекара о својој болести).

Ради утврђивања процесне злоупотребе, на захтев заинтересованих лица могу да буду позвани сведоци који, у складу са својим исказом о чињеничним околностима предмета, могу да буду испитани и о чињеницама које се тичу постојања евентуалне злоупотребе учесника у поступку. Нпр., сведок може да појасни њему познат, по речима тужиоца, неморални повод за подношење тужбе, који се састоји у намери да уништи, осрамоти туженог, да му се освети за нешто.¹⁰⁵²

Ради утврђивања процесне злоупотребе суд може да изведе доказ вештачењем психичког или општег здравља лица које не приступа на претрес, без кога претрес не може да се одржи, а које неприступање правда писменим извештајима лекара у којима је наведено да је болестан и да не може да приступи пред суд.

Код процесних злоупотреба у виду шиканозног вршења процесног права мора да се докаже и постојање *animus nocendi* на страни извршиоца злоупотребе, јер је *намера шикођења* битан елеменат овог вида злоупотребе. Управо због овог елемента шиканозне процесне злоупотребе су тешко доказиве.

3.1. Квалификација процесне злоупотребе

3.1.1. Материјалноправни аспект квалификације кривичнопроцесне злоупотребе

¹⁰⁵² *Ibid.*

Сложеност квалификације одређеног процесног чињења (пропуштања) као злоупотребе кривичног процесног права је узрокована низом објективних и субјективних разлога.

Пре свега, норме Законика о кривичном поступку о злоупотреби процесног права имају крајње општи карактер, што усложњава могућност квалификације конкретног понашања као злоупотребе.

Даље, то је неодређеност субјективног материјалног права које је предмет (објекат) заштите. Проблем представља чињеница да још увек не постоје сигурни критеријуми о законитости јавноправног захтева, те да ли је било које процесно понашање лица у кривичном поступку усмерено на стварну заштиту права и законом заштићених интереса (непотпуно, алкаво спроведена истрага на основу које је подигнута оптужница). Зато се не може говорити о злоупотреби процесног права у случају када се поднета неоснована тужба или донета одлука о спровођењу истраге, уколико је странка била уверена да је титулар повређеног материјалног права, односно процесног права на утужење. Такво лице делује на одређени начин, бранећи своја (или туђа) субјективна права, и до тада док суд не констатује њихово одсуство (у виду пресуде којом се оптужба одбија, или којом се оптужени ослобађа од оптужбе јер дело за које је оптужен по закону није кривично дело, рецимо, јер је дело малог значаја) не треба осуђивати понашање субјекта.

Најзад, дериват неодређености субјективног материјалног права је и неодређеност неопходних и довољних процесних средстава напада и одбране странака у поступку. Уколико не прихвати процесни предлог учесника у поступку, суду је крајње тешко да утврди шта је био основ таквог предлога – законито поступање или злоупотреба права; ако га прихвати, изгубиће време да би на крају утврдио да се ради о неоснованом предлогу (доказу који је био потпуно безначајан за поступак), али и тада ће бити ништа мање сложено да се утврди шта је лежало у основи предлога – да ли злоупотреба права или савесна заблуда. Осим тога, треба узети у обзир константан недостатак времена утрошеног за откривање тих околности.¹⁰⁵³

Терет утврђивања злоупотребе права и основаности захтева (приговора), свакако, мора да лежи на органу поступка, суду, који утврђује да учесник у кривичном поступку

¹⁰⁵³ *Ibid.*

злоупотребљава своја права и који је овлашћен да доноси процесно-релевантне одлуке о питањима спречавања злоупотребе права, одлуке које поваче правне последице.¹⁰⁵⁴

„У поновном поступку првостепени Суд ће правилно сагледати све околности ове кривичне ствари, поуздано утврдити чињенице од којих зависи да ли ће против окривљених бити одређен притвор, а затим донети правилну и на закону засновану одлуку.

При том, првостепени Суд ће утврдити: да ли поједини окривљени и њихови браниоци, у садејству, злоупотребљавају своја процесна права неоправданим (у другу сврху, а не у циљу законитог и правичног окончања овог поступка) неодржавањем на позиве Суда и тиме очигледно избегавају приступ на главни претрес, што јесте разлог, санкција, коју прописује члан 211. став 1. тачка 1. ЗКП за одређивање притвора према окривљенима“.¹⁰⁵⁵

Препоручљиво је да закључак да је лице извршило процесну злоупотребу буде направљен на основу оцене већег броја доказа.

Коначни закључак, дакле, да се понашање субјекта квалификује као злоупотреба процесних права и да му се утврђује одговорности за то доноси суд. При квалификацији понашања субјекта као злоупотребе процесног права посебан значај има оцена доказа од стране суда, који потврђују радње злоупотребе лица. У поређењу са оценом доказа, који потврђују чињенице основаности оптужбе или одбране од оптужбе, оцена доказа који говоре о постојању процесне злоупотребе има суштинску специфичност, која је повезана са чињеницом да ниједан доказ нема ту снагу да са значајним степеном сигурности потврди да је реч о злоупотреби права учесника у поступку. Тако, нпр., чињеница да је закључен уговор потврђује се подношењем уговора потписаног од стране странака, чињеница о додељивању стана доказује се увидом у решење о додели стана. Чињеница постојања процесне злоупотребе не може да се доказује на сличан начин. Утврђивање постојања процесне злоупотребе врши се „изведеним путем“, посредно, на основу разматрања свих доказа којима суд располаже.

У принципу, закључак постојању злоупотребе права се доноси на основу постојања карактеристика злоупотребе у понашању лица, а закључак о свести учиниоца

¹⁰⁵⁴ О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, ФГБОУ ВПО «Южно-Уральский государственный университет» (НИУ), ноября 2013.

¹⁰⁵⁵ Укидно решење Вишег суда у Краљеву Кж. 63/16 од 12.2.2016. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

злоупотребе на основу претпоставки (по принципу *dolus per coniecturas probari potest* – злоба може да се докаже уз помоћ претпоставки).

3.1.2. Формалноправни аспект квалификације кривичнопроцесне злоупотребе

Проблем формалне квалификације кривичнопроцесне злоупотребе налази се у околности да и у оним процесним законима који познају институт злоупотребе права није нормирана процедура, поступак за утврђивање, доказивање и квалификацију процесне злоупотребе.

Изузетак је, донекле, Закон о казненом поступку Хрватске,¹⁰⁵⁶ у којем је наведено: „(3) Суд и друга државна tijela dužni su onemogućiti svaku zloporabu prava koja pripadaju sudionicima u postupku. (4) Stranci, branitelju, oštećeniku, opunomoćeniku ili zakonskom zastupniku koji u kaznenom postupku svojom radnjom očigledno zlopotrebljava pravo iz ovog Zakona, sud će rješenjem uskratiti pravo na tu radnju. Žalba ne odgađa izvršenje rješenja. (5) Ako je u slučaju iz stavka 4. ovog članka okrivljenik ostao bez branitelja, predsjednik suda će na zahtjev tijela koje vodi postupak postaviti branitelja po službenoj dužnosti“.¹⁰⁵⁷

Овде је, дакле, речено да се формална квалификација *очигледне* процесне злоупотребе од стране суда врши у форми решења, те да је санкција коју суд изриче за очигледну кривичнопроцесну злоупотребу ускраћивање права учеснику у поступку на процесну радњу злоупотребе. Другим речима, ускраћује му се субјективно процесно право које је злоупотребио.

Крајње рудиментирана процедура, максимално поједностављена. Међутим, чини се да функционише у пракси. Као пример наводимо решење Жупанијског суда у Вараждину којим је утврђено да је учесник у поступку учинио (противциљну) злоупотребу субјективног процесног права на непристрасан суд, те му је одузета могућност да врши ово право (право на радњу подношења захтева за изузеће судија).

„U uvodu citiranim rješenjem suda prvog stupnja, na temelju čl. 10. st. 3. ZKP¹⁰⁵⁸ opt. N. D. uskraćeno je pravo na radnju podnošenja zahtjeva za izuzeće predsjednika vijeća suca I. P., te članova vijeća sudaca porotnika D. Č. i J. B.

¹⁰⁵⁶ Član 11. stav 3, 4 i 5 Zakona o kaznenom postupku Republike Hrvatske, „Narodne novine“ broj 152/2008, 76/2009, 80/2011, 91/2012 - Odluka i Rješenje USRH, 143/2012, 56/2013, 145/2013, 152/2014 i 70/2017.

¹⁰⁵⁷ Član 11. stav 3-5. Zakona o kaznenom postupku Republike Hrvatske.

¹⁰⁵⁸ Zakona o kaznenom postupku Republike Hrvatske, „Narodne novine“ broj 110/1997, 27/1998, 58/1999, 112/1999 i 58/2002, koji je sadržao istovetnu odredbu u članu 10.

...

... prvostupanjski se sud, suštinski utemeljeno na službenoj dužnosti sprječavanja odugovlačenja i onemogućavanja zlorabe prava sudionika kaznenog postupka iz st. 2. čl. 10. ZKP, zakonito pozvao na noveliranu odredbu iz st. 3. čl. 10. ZKP, koja nastavno uređuje instrumentarij za realizaciju ciljeva upravo te i takve dužnosti suda.

...

Također, žaliteljica u žalbi koju je podnijela osobno nije u pravu kada navodi da njezin zahtjev za izuzećem sudskog vijeća prvostupanjskog suda nije bio usmjeren na odugovlačenje kaznenog postupka, te ne predstavlja zlorabu prava na njegovo podnošenje, budući je taj zahtjev, motrišta je žaliteljica, utemeljen, što potkrjepljuje činjenicama prema kojima je, po vlastitoj ocjeni, bila raspravno nesposobna.

Navedeni prigovori iz žalbe ne mogu se prihvatiti, a na njih je, konačno, već i opširno odgovoreno u jasno i logično iznesenim razlozima u obrazloženju pobijanog rješenja, koje, kao u potpunosti pravilne, te žalbom ne dovedene u sumnju, u cijelosti prihvaća i ovaj sud drugog stupnja.

Naime, tijekom ovog kaznenog postupka višekratna zahtijevanja izuzeća predsjednika vijeća, te predsjednika sudova, kao i državnih odvjetnika, što je potpuno i pravilno utvrdio prvostupanjski sud u pobijanom rješenju (str. 2. odjeljak III) koja su odbijana, uključujući i po zahtjevu od 27. lipnja 2001. godine, posebno opširno obrazloženom i sa opsežnom dokumentacijom (list 3169 – 3185 spisa), uz činjenicu da je ovom potonjem zahtjevu koji je uskraćen, prethodilo krajnje savjesno postupanje prvostupanjskog suda u ocjeni eventualne raspravne nesposobnosti žaliteljice interdisciplinarnim korištenjem dva vještaka sudske medicine, posve jednoznačno ukazuju na njezinu nakanu iskorištavanja prava radi svrha suprotnih njihovom zakonitom cilju¹⁰⁵⁹.

Ипак, поставља се питање: да ли исправно изричито свести формалну квалификацију кривичнопроцесне злоупотребе *искључиво* на њено утврђивање посебном одуком суда (решењем) на коју је дозвољена жалба, те, опет изричито, ограничити кривичнопроцесну санкцију за утврђену злоупотребу *само* на ускраћивање права на радњу злоупотребе? Чему, уопште, нормирање тога и на тај начин ограничавање и обавезивање суда у вођењу поступка?

Наиме, уверени смо да кривични судови свакодневно у поступцима уочавају, квалификују и санкционишу процесне злоупотребе, и то процесним одлукама у току

¹⁰⁵⁹ Rešenje Županijskog suda u Varaždinu Kž. 36/03 od 11. veljače 2003. godine, objavljeno u: T. Brđanović, S. Miljenović, *Odluke Županijskog suda u Varaždinu iz oblasti kaznenog prava*, str. 65-66, elektronski izvor, dostupno na http://sudovi.pravosudje.hr/zsvz/img/File/sudska_praksa/Zbirka-KP-1.pdf, pristup januar 2017.

поступка (без образложења), посебним одлукама (решењима) са правом на жалбу, или у пресудама, а да често нису ни свесни (нека нам буде опроштено) да је реч о процесним злоупотребама.

Ево неколико примера.

У првом суд је формално квалификовао (иако је на записнику о главном претресу изостала констатација о томе; ради потпуности, недостаје први став процесног решења који би требало да гласи: „Утврдује се да је опт. З.Б. злоупотребио право на суђење у присуству тако што није приступио на рочиште за главни претрес заказан за 17.2.2017.“) и санкционисао злоупотребу права оптуженог на суђење у присуству обавезом да накнади штету која је злоупотребом нанета другим учесницима у поступку.

„Од стране полиције у Краљеву доведен је на суђење опт. З.Б.

Опт. З.Б.: Ја сам 17.2.2017. године био на одмору на Златибору, пермутовао сам термин суђења, мислио сам да је 20.2.2017. године.

Након краћег већања суд доноси **РЕШЕЊЕ**: Трошкови одлагања главног претреса од 17.2.2017. године, без обзира на исход ове ствари, падају на терет опт. З.Б.

Позвани су присутни да до краја главног претреса пријаве трошкове које су имали у вези одлагања главног претреса од 17.2.2017. године“.¹⁰⁶⁰

Навешћемо и други пример из истог судског поступка.

„Присутни ВЈТ у Краљеву М.Б., присутан је опт. В., опт. К., опт. Ф., опт. Б., приведен је опт. С.С.

Није присутан опт. Н.Р., дан и час главног претреса саопштен му је на претходном рочишту за главни претрес.

Присутни су браниоци: адв. З.К., адв. П.М., адв. Б.Н., адв. Д.Ш., адв. М.Б., адв. Ђ.З. Присутна адв. Ј.П., пуномоћник оштећених, такође и по заменичко пуномоћју иза адв. М.М. Присутни су ошт. П., Р., присутан је сведок С.Ж.

На питање председника већа, адв. Д.Ш.: Ја не знам где се налази опт. Н.Р., нисам ни дужан да знам.

¹⁰⁶⁰ Записник Вишег суда у Краљеву о главном претресу 1К. 54/14 од 6.3.2017. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

Замољен је адв. Д.Ш. да позове опт. Н.Р. мобилним телефоном, након што је то урадио изјави: Опт. Н.Р. је недоступан на мобилном телефону, односно његов број је непостојећи, искључен је.

...

ВЈТ М.Б.: Предлажем да се данашњи главни претрес одржи у одсуству опт. Н.Р., кривично дело за које је он оптужен суди се у скраћеном поступку, опт. Н.Р. је саслушан у току овог поступка па предлажем да се претрес одржи у његовом одсуству. Такође, уредно је позван на данашње рочиште.

Адв. Д.Ш.. Ја сматрам да је предлог ВЈТ неоснован, његов предлог би био умесан да је реч о кривичном делу за које је прописана казна затвора до 3 године, међутим, за ово кривично дело за које је оптужен окр. Н.Р. прописана је казна затвора од 5 година, те сматрам да нема услова да се претрес одржи у његовом одсуству.

Након краћег већања Суд доноси **РЕШЕЊЕ: УТВРЂУЈЕ СЕ** да опт. Н.Р. очигледно избегава да дође на главни претрес.

ВЈТ М.Б.: Предлажем да се против Н.Р. одреди притвор...

Адв. Д.Ш.: Противим се одређивању притвора против опт. Н.Р., сматрам да нема законских услова да се притвор одреди против њега јер не знамо због чега није дошао на претрес, а ово му је први пут да није приступио на претрес.

Предлажем да се у односу на њега раздвоји поступак или да се главни претрес одложи.

...

Одлучујући о противречним предлозима суд доноси **РЕШЕЊЕ: Против опт. Н.Р. одређује се притвор, сходно члану 211 став 1 тачка 1 ЗКП**¹⁰⁶¹.

Дакле, у изложеној процесној ситуацији суд је препознао и квалификовао материјално, а затим и формално („Утврђује се да опт. Н.Р. очигледно избегава да дође на главни претрес“, другим речима, да очигледно злоупотребљава своје субјективно право на суђење у присуству) процесним решењем, на које заинтересовани учесник *нема право на посебну жалбу*. На овај начин заступник јавне тужбе је стекао могућност (субјективно процесно право) да захтева одређивање притвора против њега. Суд је ово право тражења прихватио и против оптуженог одредио притвор као санкцију за процесну злоупотребу, решењем на које заинтересовани учесник *има право на посебну жалбу*.

Наставићемо са примерима из истог предмета.

¹⁰⁶¹ Записник Вишег суда у Краљеву о главном претресу 1К. 54/14 од 29.6.2016. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

„Председник већа констатује: опт. Н.Р. је позван за овај главни претрес преко полиције у Краљеву, у списима предмета постоји извештај полиције ... од 11.10.2016. године, којим се Суд извештава да је поступљено по наредби, да је оптужени тражен, да није нађен, утврђено је да је последња два месеца у Француској, да се скрива, избегава контакт са полицијским службеницима, радом на терену није се дошло до података о датуму повратка Н.Р. на адресу пребивалишта.

Примерак дописа полиције у Краљеву од 11.10.2016. уручен је ВЈТ...

Након краћег већања Суд доноси **РЕШЕЊЕ: УТВРЂУЈЕ СЕ** да опт. Н.Р. није доступан органима гоњења.

ВЈТ М.Б.: Против окр. Н.Р. је на прошлом претресу, који је одложен, одређен притвор, према извештају полиције није у земљи, живи на непознатом боравишту што говори о томе да је у бекству. Постоје нарочито важни разлози да се оптуженом суди у одсуству, првоокривљени је у притвору, притвор не може трајати до евентуалног проналаска опт. Н.Р., поред првооптуженог који је у притвору имамо и оптужене који се бране са слободе који долазе у суд, њима се проузрокују трошкови, имамо и два оштећена којима би се окончање овог поступка знатно олакшао поступак накнаде штете за телесне повреде, па сматрам да су испуњени разлози из члана 381. ЗКП да се опт. Н.Р. суди у одсуству, предлажем да Суд донесе такву одлуку.

...

Након краћег већања Суд доноси **РЕШЕЊЕ: Опт. Н.Р. судиће се у одсуству.**

Кратко образложење: У току досадашњег поступка утврђено је да се опт. Н.Р. налази у бекству и да није доступан државним органима. Постоји предлог ВЈТ у Краљеву да му се суди у одсуству. Такође, постоје и важни разлози за ово, а то су интереси других учесника у поступку, пре свега опт. С.С. који се налази у притвору и осталих оптужених, да се ова кривична ствар пресуди у разумном року, као и интерес државе Србије¹⁰⁶².

Дакле, након што је суд утврдио да су последице процесне злоупотребе оптуженог на суђење у присуству таквог квалитета да значајно шкоде процесним интересима других учесника у поступку и самом поступку, санкционисао ју је одузимањем (ускраћивањем) оптуженом права на суђење у присуству. Тиме је уједно отклонио, превазишао процесну ситуацију која је шкодила интересу поступка и интересима других учесника у поступку.

Најзад, суд може да формално утврди процесну злоупотребу (субјективног процесног права на предлагање доказа, субјективног процесног права на извођење доказа), а да је уопште формално не квалификује као такву, већ да је на суђењу

¹⁰⁶² Записник Вишег суда у Краљеву о главном претресу 1К. 54/14 од 14.10.2016. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

санкционише одбијањем, али да квалификацију и разлоге за санкционисање изнесе у одлуци о главној ствари. Ова квалификација може касније да буде оспоравана од стране заинтересованог учесника у поступку кроз жалбу на одлуку о главној ствари.

„Имајући у виду изведене доказе у току доказног поступка и из њих утврђене чињенице Суд је одбио предлог адв. Ђ.Т. [браниоца оптуженог] ... да се у току доказног поступка саслушају у својству сведока лица: С.К., С.Р., лице по надимку „Певац“, Д.П., Д.П., М.В. ... налазећи да се извођењем ових доказа не би дошло до чињеница које би утицале на другачију одлуку Суда о главној ствари, већ би то само довело до непотребног одуговлачења поступка“.¹⁰⁶³

Иако се у цитираним наводима претресних судских записника и пресуда не наводи термин „злоупотреба процесног права“, очигледно је да је у свим одлукама суда управо реч о квалификацији тог феномена.

С друге стране, постоје кривичне пресуде у којима је изричито наведено да је у току поступка од стране учесника у поступку извршена злоупотреба процесног права, те да се суд према њој понашао пасивно и санкционисао је одузимањем права на процесну последицу.

„... ВЈТ у Краљеву је након доношења одлуке да се понови кривични поступак против окр. В.М. преиначио оптужницу из 2009. против њега у тачки 1. изреке на његову штету, јер му је у чињеничном опису оптужнице из 2015. године, иако је кривично дело правно квалификовао на исти начин, ставио на терет више радњи извршења дела него раније, и веће количине опојних дрога које је неовлашћено ставио у промет.

...

Оцењујући ово процесно-правно питање на овај начин Суд је схватања да овлашћени тужилац у поступку за понављање кривичног поступка није овлашћен, дакле нема процесно право да измени оптужни акт против окривљеног на његову штету, како у погледу чињеничног стања, тако ни у погледу правне квалификације кривичног дела утврђених ранијом правноснажном пресудом. Ако то и учини, *чини злоупотребу процесних овлашћења* (курзив М.Д.).

...

С обзиром да је овај Суд утврдио да ВЈТ у Краљеву у поступку за понављање кривичног поступка није имао права да измени оптужницу из 2009. године на штету окр.

¹⁰⁶³ Пресуда Вишег суда у Краљеву 1К. 13/15 од 7.4.2015. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

В.М., на основу које је донета ранија правоснажна пресуда против њега, то није ни ценио приликом одлучивања о главној ствари наводе измењене оптужнице ВЈТ у Краљеву из 2015. године“.¹⁰⁶⁴

У таквој ситуацији поставља се као основано питање: која је сврха одредаба које обавезују суд да формално квалификује процесну злоупотребу као такву (и формално је санкционише)? Или, посматрано са друге стране: да ли процесна злоупотреба у току поступка треба да буде формално квалификована као таква да би постојала?

Не треба. Постојање процесне злоупотребе није у функцији њеног формалног установљења од стране органа поступка (суда). Њена егзистенција је самостална и није зависна од тога да ли је уочена од стране учесника у поступку или није, те да ли јесте фиксирана одлуком суда и којом одлуком.

Бизарно, али ако би било другачије, тада уопште не бисмо могли да говоримо о процесним злоупотребама суда.

Међутим, уколико је препозната и утврђена, процесна злоупотреба би требало да буде изричито („утврђује се да оптужени очигледно злоупотребљава право на суђење у присуству“) или описно („утврђује се да оптужени очигледно избегава да дође на главни претрес“) квалификована као таква, као и њен извршилац, да би након и на основу такве квалификације могао да буде процесно и материјално санкционисан.

Постоји још један аспект формалне квалификације кривичнопроцесних злоупотреба везан за професионалне носиоце процесних функција који их врше. Наиме, постоје мишљења да би процесне злоупотребе професионалних учесника у поступку (суда, јавног тужиоца) требале да се уписују у личне листове судија, односно тужилаца, те да би та околност требала да има утицаја на професионалну каријеру тог учесника у поступку (судије, тужиоца).¹⁰⁶⁵

Ово отвара питање *доказивања и формалне квалификације* процесних злоупотреба органа поступка, односно суда.

Рудиментиране одредбе које упућују на ову тему налазимо у одредбама Законака о кривичном поступку. Већ смо навели да је у законуку под рубромом „Приговор због неправилности у току истраге“ прописано: осумњичени и његов бранилац могу одмах по сазнању, а најкасније до завршетка истраге, поднети *приговор* непосредно вишем јавном тужиоцу због *одуговлачења поступка* и других неправилности у току истраге.

¹⁰⁶⁴ Пресуда Вишег суда у Краљеву 1К. 6/15 од 11.12.2015. године. Извор: архива Вишег суда у Краљеву.

¹⁰⁶⁵ Види текст фусноте број 1040.

Непосредно виши јавни тужилац ће у року од осам дана од дана пријема приговора донети решење о одбијању или усвајању приговора; против овог решења јавног тужиоца није дозвољена жалба ни приговор; решењем којим усваја приговор јавни тужилац ће издати обавезно упутство надлежном јавном тужиоцу да отклони утврђене неправилности у току истраге. У случају да приговор буде одбијен, осумњичени и његов бранилац могу у року од осам дана по пријему решења [непосредно вишег јавног тужиоца] поднети притужбу судији за претходни поступак; ако судија за претходни поступак оцени да је притужба основана, наложиће да се предузму мере за отклањање неправилности.¹⁰⁶⁶

Дакле, процесно средство за „обележавање“, „идентификацију“ процесних злоупотреба и других незаконитости јавног тужиоца у истрази јесте *приговор* друге стране. Тај приговор треба да буде материјализован у виду поднеска или изјаве дате директно на записник, тако да остаје службено фиксиран у поступку.

О. И. Даровских је предложила да се у праксу кривичних судова уведе сачињавање процесног документа „обавештење о забрани злоупотребе права“ које сачињава службено лице. Функција документа је регулаторна, а првенствено је намењен информисању учесника у поступку о присуству злоупотребе права у његовим поступцима. Такво обавештење ће омогућити учеснику у поступку да преиспита своје понашање и да га промени. С друге стране, службеном лицу ће ово обавештење послужити као основ за мотивацију одлуке у вези са применом мере санкције према лицу које злоупотребљава своје процесно право.¹⁰⁶⁷

Занимљив предлог, међутим, мислимо да је усмерен на погрешну адресу!

Ми сматрамо, пак, да би ово требало да буде начин материјализације, фиксирања процесних злоупотреба свих учесника у току целог поступка, па и *суда*. Дакле, небитно је како ћемо назвати изјаву, поднесак учесника у поступку који трпи због злоупотребе другог учесника или суда, небитно је да ли је то „приговор због неправилности у току поступка“, или „обавештење о незаконитости“ (назовимо га како смо напред и навели, *захтев* или *приговор* којим се тражи да се утврди да процесна радња учесника у кривичном поступку представља злоупотребу субјективног процесног права), али неопходно је да он буде изричито, материјално истакнут.

¹⁰⁶⁶ Члан 312. Законика о кривичном поступку.

¹⁰⁶⁷ О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, ФГБОУ ВПО „Южно-Уральский государственный университет“ (НИУ), ноября 2013.

Наиме, једини начин спречавања *процесних злоупотреба суда* јесте њихово доказивање, утврђивање и санкционисање од стране непосредно вишег суда (укидањем пресуде). А, како је основано примећено,¹⁰⁶⁸ ако у судском предмету нису изричито регистроване чињенице из којих се види да је учесник у кривичном поступку (па и суд) свесно злоупотребио право, тада виши суд о злоупотреби права може само да стекне утисак, а на основу утиска не доноси одлука о процесној злоупотреби.

ЗАКЉУЧЦИ И ПРЕДЛОЗИ *DE LEGE FERENDA*

Предмет анализе овога рада биле су злоупотребе процесних права у кривичном поступку, посматране са нормативног, теоријског и практичног аспекта.

На основу спроведеног истраживања, чије смо резултати приказали и објаснили у раду, даћемо осврт на опште закључке рада. Спроведено истраживање не представља ни почетак ни крај свестраног разматрања овог изузетно комплексног правног института.

Законик о кривичном поступку Републике Србије спада у ред ретких процесних закона који изричито познаје институт злоупотребе права у кривичном поступку. Међутим, осим једне опште одредбе којом забрањује злоупотребу права у кривичном поступку и налаже суду да је спречи, не садржи критеријуме на основу којих би се недвосмислено дало закључити шта је злоупотреба кривичнопроцесних права и како се спречава.

Чињеница која посебно брине, а које смо постали болно свесни у току истраживања, јесте потпуно непознавање суштине изучаваног института од стране оних

¹⁰⁶⁸ Види текст фусноте 1040.

који у пракси свакодневно примењују Законик о кривичном поступку. У пракси не постоји свест о проблему који се зове злоупотреба процесних права у кривичном поступку, о последицама кривичнопроцесних злоупотреба, па самим тим ни о методама и средствима којима се ова појава може превенирати, спречити, а ако је учињена санкционисати. Осим ретких изузетака, на које смо се позвали у раду, не постоје одлуке српских кривичних судова у којима се изричито утврђује постојање злоупотребе права у поступку.

Као резултате спроведеног истраживања износимо пред стручну јавност и законодавца следеће закључке и предлоге.

Прво, теорија злоупотребе права применљива је на кривичопроцесни однос.

Друго, у кривичном поступку не постоји *принцип лојалности и поштења* учесника у поступку.

У кривичном поступку постоји *принцип забране злоупотребе процесних права* учесника у поступку. У Законик о кривичном поступку Републике Србије овај принцип садржан је у одредби члана 14. став 1. у којој је наведено да је суд дужан да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка.

Међутим, и да ова забрана није изричито наведена у Законик о кривичном поступку, принцип забране злоупотребе кривичнопроцесних права би важио на основу *општег правног принципа забране злоупотребе права*, који важи за цео правни поредак.

Треће, злоупотреба права у кривичном поступку је кривичнопроцесна радња (чињење, нечињење) учесника у поступку која би иначе (*in abstracto*) могла да одговара законском опису процесне могућности која чини садржину кривичнопроцесног овлашћења, да у датој процесној ситуацији (*in concreto*) није као штетљива (појединачном, дифузном или јавном законом заштићеном интересу), правно непризната или забрањена због мотива, дејства, начина или невредности, и зато санкционисана.

Дефинисана на други начин, злоупотреба права у кривичном поступку састоји се од процесне радње кривичнопроцесног учесника са јединим или првенственим циљем да нашкоди другоме, или процесне радње бескорисне а другоме штетљиве, или процесне радње противне циљевима норми које признају субјективна процесна права, или процесне радње несразмерно мање вредне од штетљивог дејства другоме, или процесне радње непотребно тегобне за другога, или процесне радње која је неразумна или противречна другим сопственим радњама, или процесне радње неспојиве с моралом, или процесне радње противне правичности.

Четврто, сваки учесник у кривичном поступку, којем је одредбама Законика о кривичном поступку дато право може у току поступка да изврши процесну злоупотребу.

Злоупотреба процесних права-дужности може се извршити, осим активном процесном радњом, и нечињењем (пропуштањем) титулара права из истих разлога који чине конституенсе (критеријуме) процесне злоупотребе (шикана, противциљност, непримереност, бескорисност, неразумност, неправичност).

Пето, кривичнопроцесна злоупотреба је радња вршења субјективног процесног права која је формалноправно законита, усклађена са нормом објективног (апстрактног) процесног закона којим је право додељено титулару. Међутим, садржином, са материјалног аспекта, није у складу са законом јер јој недостаје један или више елемената који улазе у садржину (материју) субјективног процесног права.

Кривичнопроцесна злоупотреба је материјална незаконитост процесне радње вршења кривичнопроцесног права. Радња процесне злоупотребе није стварно законит правни акт, јер не садржи материјалну (супстанцијалну) законитост.

Због тога за процесну злоупотребу важи режим који важи и за процесну противправност (деликт): процесна злоупотреба није дозвољена, не пружа јој се заштита, већ је подложна санкционисању.

Шесто, управо због своје природе (јер су изузетно одступање од *стварно законите* процесне радње вршења процесног права, услед недостатка у материјалној садржини субјективног процесног права) кривичнопроцесне злоупотребе постоје само у пракси (*in concreto*).

Из истог разлога, кривичнопроцесне злоупотребе не могу да се у процесном закону нормирају у форми „посебне злоупотребе“ (као прекршај, кривично дело, дисциплински преступ). Кривичнопроцесне злоупотребе у реалности егзистирају само у својим облицима (видовима, критеријума за квалификовање).

Седмо, у правној науци не постоји опште прихваћено учење о процесним, па ни о кривичнопроцесним злоупотребама.

На претходним страницама рада изнели смо сопствену конструкцију облика (видова, критеријума) кривичнопроцесних злоупотреба. Она се ослања на казуистику, на конкретне примере из судске праксе, целовита је јер је заснована на најмање осам критеријума, најзад, у складу са општом теоријом злоупотребе права.

У пракси кривичних судова могу се идентификовати следећи облици (видови) кривичнопроцесних злоупотреба 1) злоупотреба шиканозним вршењем кривичнопроцесних права, 2) злоупотреба бескорисним (безинтересним) вршењем

кривичнопроцесних права, 3) злоупотреба непримерним вршењем кривичнопроцесних права, 4) злоупотреба несразмерним вршењем кривичнопроцесних права, 5) злоупотреба противциљним вршењем кривичнопроцесних права, 6) злоупотреба неразумним или противречним вршењем кривичнопроцесних права, 7) злоупотреба неправичним вршењем кривичнопроцесних права, 8) злоупотреба неморалним вршењем кривичнопроцесних права.

Злоупотреба процесног права у кривичном поступку, дакле, није само његово коришћење супротно законом одређеном циљу. Злоупотреба противциљним вршењем субјективног процесног права је само један од облика (видова) процесне злоупотребе.

Противциљно вршење процесног права, као вид процесне злоупотребе, не може да обухвати у себи остале видове злоупотреба. Јер ако се за шиканозно вршење процесних права може рећи да је противциљно (кривичнопроцесно право се не врши у законом одређеном циљу, већ у намери шкођења другоме), то се свакако не може рећи за друге видове: непримерено вршење кривичнопроцесног права (право се врши у циљу за који је и дато, али начином вршења титулар отежава или потпуно онемогућава вршење легитимног процесног права другог учесника у поступку); бескорисно вршење кривичнопроцесног права (прво се врши у циљу за који је и дато, али титулар нема никакве користи од таквог вршења, а при том шкоди другим учесницима у поступку или самом поступку); неразумно вршење кривичнопроцесног права (прво се врши у циљу за који је и дато, али неразумно, или противно ранијем понашању титулара у поступку и при том шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку); неправично вршење кривичнопроцесних права (прво се врши у циљу за који је и дато, али вршење права у конкретном случају шкоди захтеву правичности кривичног поступка); неморално вршење кривичнопроцесног права (прво се врши у циљу за који је и дато, али начин његовог вршења је у супротности са захтевима објективног друштвеног морала, и при том шкоди другом учеснику у поступку или самом поступку).

Дакле, када је реч о кривичнопроцесним злоупотребама, мора се прихватити да постоје у више облика (видова), а не у једном, односно, да злоупотреба процесних права у кривичном поступку није само, једино вршење процесног права противно циљу због којег је право дато титулару. У противном, кривичнопроцесна злоупотреба се не може разумети нити дефинисати.

Осмо, могућност вршења процесних злоупотреба у пракси пред судовима државе зависи од (не)савршености, (не)подобности објективног (апстрактног) права, закона о кривичном поступку и његових норми које јесу или нису подобне за злоупотребу.

Поступања учесника у поступку која су раније могла да се квалификују као процесне злоупотребе, услед измена процесног закона, данас то или више нису, или их је немогуће реализовати у пракси. С друге стране, измењене норме процесног закона доносе са собом могућност нових, раније неуочених злоупотреба процесних права.

Дакле, кривичнопроцесне злоупотребе су променљиве у времену. Практично испољавање процесних злоупотреба је живо, стално променљиво, у развоју, што даје основ за уверење да се процесне злоупотребе не могу у потпуности сузбити усавршавањем закона о кривичном поступку и подизањем процесне свести учесника у поступку.

Девето, норме актуелног Законика о кривичном поступку Републике Србије из 2011. године које се односе на кривичнопроцесне злоупотребе не регулишу ову материју на адекватан начин. Законик (као и закони о кривичном поступку других држава) не садржи нормативно одређење процесне злоупотребе. Одредбе закона које се изричито или посредно односе на овај појам су конфузне, неодређене, противречне и само оптерећују кривични поступак недоумицама.

Законик о кривичном поступку Републике Србије из 2011. године, потпуно неразумљиво, повезао је кривичнопроцесне злоупотребе за само један од циљева процесних злоупотреба којем се најчешће тежи у пракси: са одуговлачењем кривичног поступка.

Десето, у циљу побољшања нормативне регулативе злоупотребе кривичнопроцесних права, неопходно је извршити одређене измене и допуне Законика о кривичном поступку.

Пре свега неопходно је у Законнику о кривичном поступку прописати нормативну дефиницију кривичнопроцесне злоупотребе. Потребно је у постојећем Законнику о кривичном поступку прописати нову одредбу која ће се односити само на злоупотребу процесних права. Предлажемо да наслов одредбе гласи: „*Злоупотреба процесних права*“, члан 14а., а текст одредбе:

(1) *Суд и други државни органи су дужни да онемогуће сваку злоупотребу права која припадају учесницима у поступку.*

(2) *Учесник у кривичном поступку не врши право већ злоупотребу, ако шкоди другоме или интересу поступка:*

1) само или првенствено да би му нашкодио;

2) бескорисно, без оправданог или ради безначајног интереса;

3) несразмерно више него што себи користи;

4) више него што би да поступа на други начин којим такође остварује процесни интерес;

5) неразумно, или изигравши његово оправдано поверење, које је створио да неће вршити своје процесно право;

6) поступајући противно циљу процесног права;

7) поступајући противно друштвеном моралу;

8) поступајући противно правичности.

(3) Ко чини злоупотребу, у смислу става 2. овог члана, не ужива заштиту, већ одговара за последице таквог процесног поступања.

Једанаесто, у истом циљу потребно је у Законику о кривичном поступку избрисати све одредбе које се односе на „одуговлачење кривичног поступка“ које је последица процесних злоупотреба конкретног учесника у поступку: члан 72. став 1. тачка 3. (... бранилац је дужан да не злоупотреби права у циљу одуговлачења поступка); члан 80. став 1. тачка 4. (изабрани бранилац ће бити разрешен ако му је пуномоћје поново дато након опозива или отказа пуномоћја, а до тога је очигледно дошло у циљу злоупотребе права); члан 126. став 3. (стручни саветник је дужан ... да не злоупотребљава своја права и да не одуговлачи поступак).

Уколико у Законику о кривичном поступку постоји *општа нормативна дефиниција кривичнопроцесне злоупотребе*, нема потребе прописивати забрану злоупотребе права за поједине учеснике у поступку. Забрана злоупотребе кривичнопроцесних права је принцип кривичног поступка, те дужност уздржавања од процесних злоупотреба важи за све учеснике у поступку. Из тог разлога ове одредбе законика су сувишне.

Дванаесто, у свим одредбама Законика о кривичном поступку у којима се посредно, описно говори о процесним злоупотребама, а које се непосредно односе на процесне злоупотребе учесника у поступку, треба изричито употребити термин *злоупотреба процесних права*.

У том циљу треба изменити текст одредбе члана 211. („Разлози за одређивање притвора“), у тачки 1. став 1. речи „... или у својству оптуженог очигледно избегава да дође на главни претрес...“ треба изменити речима: „... или у својству оптуженог очигледно злоупотребљава право на суђење у присуству...“.

Текст одредбе члана 312. („Приговор због неправилности у току истраге“), у ставу 1. речи: „... непосредно вишем јавном тужиоцу због одуговлачења поступка и других неправилности у току истраге...“ треба изменити речима: „... судији за претходни

поступак због злоупотреба јавног тужиоца у току истраге... “. Адекватно изменама у ставу 1. треба изменити и остале ставове овог члана, у ставу 2. речи „*Непосредно виши јавни тужилац...*“ треба изменити речима „*Судија за претходни поступак...*“; у ставу 3. речи „... поднети притужбу судији за претходни поступак. Ако судија за претходни поступак...“, треба изменити речима: „... поднети жалбу ванпретресном већу. Ако ванпретресно веће...“.

Тринаесто, у истом циљу треба изменити наслов члана 374. Законика о кривичном поступку, уместо речи „*Мере за спречавање одуговлачења поступка*“, треба да пише „*Мере за спречавање злоупотреба права којима је циљ одуговлачење поступка*“.

Међутим, текст ове одредбе Законика о кривичном поступку из 2011. године не задовољава потребе праксе.

У одредби је наведено да је санкција за учесника у поступку који врши злоупотребе процесних права очигледно усмерене на одуговлачење поступка – опомена. Са друге стране, одредба је рестриктивна, јер, *процесно*, бенефицира једне учеснике у поступку (окривљеног, оптуженог), третира радње других учесника у поступку (бранилац, оштећени, законски заступник, пуномоћник, оштећени као тужилац, приватни тужилац), за трећу категорију учесника у поступку пописује ванпроцесну одговорност за учињене злоупотребе (јавни тужилац или лице које га замењује), док за адвокате (браниоце, пуномоћнике) прописује двоструку одговорност (опомена у поступку и ванпроцесна одговорност пред органом адвокатске асоцијације због евентуално учињеног дисциплинског преступа).

На овај начин, одредба члана 374. ЗКП/2011 је „мртво слово на папиру“, продубљује неравноправност учесника у поступку, односно, директно је супротстављена принципу процесне једнакости.

Законик о кривичном поступку из 2001. године садржао је истоветну одредбу, у његовом члану 218. је било прописано да суд може да у току поступка казни новчаном казном до 100.000 динара браниоца, пуномоћника или законског заступника, оштећеног, оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца, ако су његови поступци очигледно управљени на одуговлачење кривичног поступка. О кажњавању адвоката, односно адвокатског приправника суд је дужан да обавести адвокатску комору. Ако јавни тужилац не подноси суду благовремено предлоге или предузима друге радње у поступку са великим закашњењем и тиме проузрокује одуговлачење поступка, суд ће о томе само обавестити непосредно вишег јавног тужиоца. Иако такође рестриктивно (одредба је

повлашћивала процесне злоупотребе окривљеног и јавног тужиоца), ово решење је било боље од садашњег.

Сматрамо да би текст одредбе 374. Законика о кривичном поступку („Мере за спречавање злоупотреба права којима је циљ одуговлачење поступка“) требало да гласи: „Учесника у поступку који чини злоупотребе процесних права очигледно усмерене на одуговлачење поступка суд може да казни новчаном казном до 500.000 динара. О кажњавању адвоката обавестиће се адвокатска комора. О кажњавању јавног тужиоца, или лица које га замењује, обавестиће се Државно веће тужилаца“.

Четрнаесто, треба изменити одредбе Законика о кривичном поступку које непосредно омогућавају процесне злоупотребе.

Члан 76. („Бранилац по службеној дужности“) став 1. треба да гласи: „Ако у случајевима из члана 74. овог законика бранилац не буде изабран или у току кривичног поступка окривљени остане без браниоца или се у случају из члана 73. став 3. тачка 4) овог законика, ако је реч о обавезној одбрани, не споразуме са саокривљенима о браниоцу или не изабере другог браниоца, *судија за претходни поступак* 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“.

У члану 156. („Претпоставке за претресање“) у ставу 3. треба избрисати речи: „... или је држалац стана и других просторија недоступан“.

Члан 294. („Задржавање осумњиченог“) став 5. треба да гласи: „Осумњичени мора имати браниоца чим орган поступка из става 2. овог члана донесе решење о задржавању. Ако осумњичени сам, у року од четири часа, не обезбеди браниоца, *јавни тужилац ће затражити од судије за претходни поступак да му га обезбеди по службеној дужности*, по редоследу са списка адвоката који доставља надлежна адвокатска комора.

Треба изменити рубрум члана 296. тако да гласи: „Решење о спровођењу истраге“; став 1. овога члана треба да гласи: „Истрага се покреће *решењем* надлежног јавног тужиоца“. Члан 296. став 2. треба да гласи: „Решење о спровођењу истраге доноси се пре или непосредно после прве доказне радње коју су у предистражном поступку предузели јавни тужилац или полиција, *а коју је јавни тужилац прихватио*, а најкасније у року од 30 дана од дана када је јавни тужилац *прихватио* прву доказну радњи коју је предузела полиција.

Треба изменити рубрум члана 297. тако да гласи: „*Достављање решења осумњиченом*“; у овом члану треба прописати нови став 2. који треба да гласи: „Против *решења јавног тужиоца* о спровођењу истраге окривљени и његов бранилац могу да се жале. О жалби одлучује ванпретресно веће у року од 48 сати. Жалба не задржава извршење решења“. Садашњи ставови 2. и 3. члана 297. постају ставови 3. и 4.

Члан 302. („*Предузимање доказних радњи у корист одбране*“) став 1. треба да гласи: „Ако осумњичени и његов бранилац сматрају да је потребно предузети одређену доказну радњу, предложиће *судији за претходни поступак* да је предузме“. Члан 302. став 2. треба да гласи: „Ако *судија за претходни поступак* одбије предлог за предузимање одређене доказне радње или о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог ванпретресном већу, које одлуку о томе доноси у року од осам дана“. Члан 302. став 3. треба обрисати.

Члан 303. („*Упознавање са прикупљеним доказима*“) став 3. треба обрисати.

Члан 481. („*Поступање у поновљеном кривичном поступку*“) став 2. треба обрисати.

Петнаесто, сва утврђења, сви закључци до којих смо дошли у вези злоупотреба процесних права у кривичном поступку могу се, аналогно, применити и на парнични судски поступак (под условом да се законодавац, теорија и пракса тог поступка ослободе празног, измишљеног, непостојећег принципа *објективне савесности и поштења* учесника у парничном поступку).

Шеснаесто, неопходно је у редовне студије права, кривичнопроцесно право, унети изучавање кривичнопроцесних злоупотреба, макар у мери основних спознаја о овом феномену.

У истом циљу, неопходно је едуковати о кривичнопроцесним злоупотребама оне који актуелно, свакодневно примењују Законик о кривичном поступку (судије, јавни тужиоци, адвокати браниоци и пуномоћници у кривичном поступку).

Најзад, у истом циљу, неопходна је пракса кривичних судова усмерена на детекцију кривичнопроцесних злоупотреба у пракси, са изричитом квалификацијом процесних радњи учесника у поступку као кривичнопроцесних злоупотреба.

Л и т е р а т у р а

А

- 1 F. W. A. Alves: *O abuso da garantia de defesa no processo penal: a renovação da defesa penal protelatória*, Revista da Direito e Liberdade – Mossoró – v. 7, n. 3, p. 83 – 100 – jul/dez 2007.
- 2 I. H. Ampuero, *No hay buena fe sin interés: la buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración*, Revista de Derecho, Vol. XXI - Nº 2 - Diciembre 2008, Páginas 151-182. Elektronski izvor, dostupno na: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200007, pristup 19.10.2014.
- 3 Д. Анђелковић, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, прва књига, Београд, 1932.
- 4 E. I. Dellatorre Andrade, *O direito constitucional ao silêncio e o “direito” a mentir em âmbito processual*, Especialização em direito público, Escola superior da magistratura federal do rio grande do sul – esmafe. Elektronski izvor, dostupno na: http://www.esmafe.org.br/web/trabalhos/erica_isabel_dellatorre_andrade.pdf, pristup 5.10.2014.
- 5 О. И. Андреева, *Злоупотребление субъективным правом в уголовном процессе: проблемы правового регулирования*, Вестник самарского юридического института, Научно-практический журнал 2 (16) / 2015, 9-13.
- 6 R. Anić, *Autorizirano izlaganje Ruđera Anića*, odvjetnika, na 76. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 19.3.2002. u Zagrebu na temu: *Zloporabe u građanskom postupku*, Bilten br. 5, 199-201. Elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

- 7 S. Antoraz: *El abuso procesal como principio moral, Recapitulación doctrinaria, jurisprudencial y normativa*, Carrera de Especialización en Derecho Procesal Civil, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral. Elektronski izvor, dostupno na http://elateneo.org/documents/trabajosBajar/El_Abuso_Procesal_como_Principio_Moral.pdf, pristup 16.6.2014.
- 8 T. V. Arias, *La Doctrina de los Actos Propios. Modalidad de abuso procesal?* Elektronski izvor, dostupno na: http://www.statoechiese.it/images/stories/2011.3/berling_frode2m.pdf, pristup 17.10.2014.

Б

- 9 А. Баћићанин, С. Дукић, *Проблематика употребе језика и писма у поступцима пред кривичним судовима у Републици Србији*, у „Злоупотреба моћи“ (уредник: проф. др Срето Ного), Удружење за међународно кривично право, Београд, 2014., 340-357.
- 10 О. Я. Баев, „Злоупотребление правом“ как уголовно-процессуальная категория, Вестник ВГУ. Серия: Право, 2013. № 2., 336-349.
- 11 К. М. Баева, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России: общие принципы и основные понятия*, Воронежские криминалистические чтения, № 1-2016 (18), 8-14.
- 12 V. Bangijevski, *Posledice delovanja koje označavaju zloupotrebu prava i pravne posledice izvršene zloupotrebom prava*, „Pravni život“ br. 10/2012, 534.
- 13 S. Vejatović, *Efikasnost krivičnog postupka kao međunarodni pravni standard i reforma krivičnog procesnog zakonodavstva srbije (norma i praksa)*, NBP, Žurnal za kriminalistiku i pravo, Beograd, 2/2015, 27-54.
- 14 С. Бејатовић, *Кривично процесно право, друго допуњено издање*, „Службени гласник“ Београд, 2010.
- 15 С. Бејатовић, *Кривично процесно право, треће измењено и допуњено издање*, ЈП Службени гласник, Београд, 2014.
- 16 S. Vejatović, *Tužilački koncept istrage kao jedno od obeležja savremenog krivičnog procesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ i u Srbiji*, у „Pravo zemalja u regionu“ (urednik prof. dr Vladimir Čolović), Institut za uporedno pravo, Beograd 2010., 242-265.
- 17 S. A. Behm, *A boa-fé como critério para aferição do abuso do direito processual*, Universidade federal do Paraná, Curitiba 2012. Elektronski izvor, dostupno na: https://www.academia.edu/2459557/A_boa-fe_como_criterio_para_afericao_do_Abuso_do_Direito_Processual, pristup 5.10.2014.
- 18 А. Блануша, *Мере процесне дисциплине и нови Законик о кривичном поступку*, Билтен Врховног касационог суда бр. 2/2012, Београд, 138.
- 19 А. Кнежевић Војовић, *Грађанска, кривична и дисциплинска одговорност судија*, Strani pravni život 3/2008, 122-138.
- 20 A. Brazdeikis, *Abuse of procedural rights*, Summary of doctoral dissertation, Vilnius University, Vilnius, 2011., 16, elektronski izvor, dostupno na <http://talpykla.elaba.lt/elaba-fedora/objects/elaba:1738055/datastreams/MAIN/content>, pristup 24.7.2016.

- 21 T. Brđanović, S. Miljenović, *Odluke Županijskog suda u Varaždinu iz oblasti kaznenog prava*, elektronski izvor, dostupno na http://sudovi.pravosudje.hr/zsvz/img/File/sudska_praksa/Zbirka-KP-1.pdf., pristup januar 2017.
- 22 S. Brkić, *Zaštita svedoka u krivičnom postupku*, Novi Sad, 2005., 46-54.
- 23 Е. Н. Бырдин, Ю. И. Воронина, *Теоретические основы злоупотребления субъективным правом*, Академический Вестник № 3 (13), Научно-аналитический журнал, серия „Право“, „Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права“, Тюмень 2010, 12-15.

В

- 24 T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Zavod za izdavanje udžbenika, Beograd, 1964.
- 25 В. С. Вепрев, *Основания уголовно-процессуальной ответственности*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, [Южно-Уральский государственный университет](http://www.dissercat.com/content/osnovaniya-ugolovno-protsestualnoi-otvetstvennosti), Челябинск – 2006., электронски извор, доступно на <http://www.dissercat.com/content/osnovaniya-ugolovno-protsestualnoi-otvetstvennosti>, приступ 26.5.2015.
- 26 R. M. Vilas-Bôas, *A Forma de Efetivação do Princípio da Celeridade mediante a coibição do Abuso Processual*, Consilium - Revista Eletrônica de Direito, Brasília n.3, v.1 jan/abr de 2009.
- 27 G. Vukadinović, *Temelji teorije zloupotrebe prava*, u: „Međunarodna konferencija zloupotreba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 11-16.
- 28 V. V. Vodinelić, *Takozvana zloupotreba prava*, izdavačko preduzeće „Nomos“ DOO, Beograd, 1997.
- 29 М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, „Просвета“ Београд, 1970.
- 30 R. D. Vukadinović, *Zloupotreba prava u apstraktnim bankarskim poslovima*, u: „Međunarodna konferencija zloupotreba prava“ (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 149-161.
- 31 Ма. Warchoł, *Pojęcie „nadużycia prawa” w procesie karnym*, Prokuratura i Prawo 11, 2007., 48-67.

Г

- 32 Z. Gajić et al, *Paranoia querulans u sudsko-psihijatrijskoj praksi*, Aktualnosti iz neurologije, psihijatrije i graničnih područja, God. XIII, Br. 1-2, 2005., 81-85.
- 33 C. Gomes, *O Tempo dos Tribunais: Um estudo sobre a morosidade da Justiça*, Coimbra: Coimbra Editora, 2003, 12.
- 34 С. А. Гордейчик, *Злоупотребление правом на защиту*, Законность 2006 № 12, 6-Я.
- 35 В. В. Горовенко et al, *Злоупотребление правом как форма недобросовестного поведения*, Академический Вестник № 3 (13), Научно-аналитический журнал, серия „Право“, „Тюменская государственная академия мировой экономики, управления и права“, Тюмень 2010., 15-20.

- 36 M. Grubač, T. Vasiljević, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, trinaesto izdanje, „Projuris“, Beograd, 2014.

Д

- 37 М. Давидовић, *Доказна вредност признања окривљеног којим терети саокривљеног*, Билтен судске праксе Вишег суда у Краљеву бр. 1/2011.
- 38 D. Damjanović, *Mere procesne discipline toka glavnog pretresa i sprečavanja odugovlačenja postupka*, u: *Glavni pretres i suđenje u разумном року, regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2015., 185.
- 39 А. А. Данилевич, О. В. Петрова, *Обеспечение добросовестного использования прав участниками уголовного процесса*, *Право и демократия: сб. научн. тр./редкол.: В. Н. Бибило (гл. ред.) [и др.] – Мн.: БГУ, 2008. – Вып. 19., 256-270.*
- 40 О. И. Даровских, *Классификация злоупотребления правами в уголовном судопроизводстве*, журнал „Проблемы права“ № 1 (39)/2013, 153-158.
- 41 О. И. Даровских, *О злоупотреблении правом суда при реализации им своих дискреционных полномочий в уголовном судопроизводстве*, Вестник ЮУрГУ. Серия „Право“, 2013, т. 13, № 1, 30-35.
- 42 О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве России*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук, ФГБОУ ВПО «Южно-Уральский государственный университет» (НИУ), ноября 2013.
- 43 О. И. Даровских, *Злоупотребление правом в уголовном судопроизводстве: понятие и признаки*, Вестник ЮУрГУ, № 43, 2012, Серия „Право“, выпуск 32, 23-27.
- 44 О. И. Даровских, *К вопросу об ограничении злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве от правонарушения*, Вестник ЮУрГУ, № 29, 2012, Серия „Право“, выпуск 31, 40-43.
- 45 С. М. Даровских, О. И. Даровских, *Принцип недопустимости злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, Вестник ЮУрГУ, № 43, 2012, Серия „Право“, выпуск 32, 28-32.
- 46 M. Dika, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Mihajla Dike na 76. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 19.3.2002. u Zagrebu na temu: Zloupotreba u građanskom postupku*, Bilten br. 5, str. 179-209. Elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.
- 47 P. Dimitrijević, *Zloupotreba vlasti i subjektivna javna prava*, *Pravni život*, 1995., br. 9, 789-808.
- 48 D. V. Dimitrijević, *Krivično procesno pravo*, Osmo dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1982.

Ђ

- 49 V. Đurđević, *Zloupotreba vlasti organa krivičnog gonjenja*, u: *Međunarodna konferencija zloupotreba prava* (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 345-352.
- 50 Z. Đurđević, *Procesna jamstva obrane prema suokrivljeniku kao svjedoku optužbe*, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 16, broj 2/2009., 783-808.

Ж

- 51 О. В. Желева, *Понятие и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, Вестник Томского государственного университета 2015. № 396. Июль., 116-121.

З

- 52 N. Zeko, *Zloupotaba prava stranaka u kaznenom postupku*. Elektronski izvor, dostupno na: http://www.zupsudvu.hr/zloupotaba_nz.asp, pristup 26.6.2014.

И

- 53 А. Н. Игнатъев, *Ознакомление стороны защиты с материалами уголовного дела: как гарантировать реализацию права и пресечь злоупотребления?*, Журнал Адвокатская практика №5 – 2012.
- 54 Ђ. Игњатовић, *Криминологија*, Десето измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2010.
- 55 I. Д. Иванюк, *Право на захист та зловживання ним у кримінальному судочинстві України*, Часопис Академії адвокатури України, #10 (1'2011).

Ј

- 56 M. Jahn, A. Schmitz, *Rechtsmissbrauch im Strafverfahren bei Verweigerung notwendiger Mitwirkungshandlungen*, in: Wistra: Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht Vol. 20, No. 9 (2001), 328-334.
- 57 T. V. Yakovleva, *On the question of correlation between the concepts „abuse of rights“ and „violation of law“*, Matters of Russian and International Law. 3-4, 2014., 99-114.
- 58 А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Шесто измењено и допуњено издање, Правни факулте т Универзитета у Београду, Београд, 2012.
- 59 Т. В. Якушева, *Злоупотребление процессуальными правами в судебном следствии*, [Известия Алтайского государственного университета](#), Выпуск № 2-1 (70) /2011., 123-126.
- 60 М. Јечменић, *Повреда начела савесности и поштења и злоупотреба права из уговора о доживотном издржавању*, Гласник адвокатске коморе Војводине, књига 73, број 5, мај 2013., 225-236.
- 61 М. Јовановић, *Da li Gaj i neki drugi pravnici svedoče zloupotrebi prava?* U: Међународна конференција злоупотреба права (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996. 78-92.
- 62 R. N. Ionescu, *La Cour de Justice des Communautés Européennes et les principes généraux du droit communautaire: l'exemple du principe général d'interdiction de l'abus de droit*, elektronski izvor, dostupno na [http://www.ucd.ie/t4cms/07_wish_paper_raluca_ionescu_\(moise\).pdf](http://www.ucd.ie/t4cms/07_wish_paper_raluca_ionescu_(moise).pdf), pristup 18.10.2014.

- 63 А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами: трудности правоприменительной практики*, электронный извор, доступно на <http://www.lawmix.ru/comm/8859>, приступ 23.10.2014.
- 64 А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*. СПб.: Издательский Дом С.-Петербур. гос. ун-та. Издательство юридического факультета С.-Петербур. гос. ун-та, 2005.
- 65 А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском судопроизводстве*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Санкт-Петербургский государственный университет, Санкт-Петербург, 2009.
- 66 А. В. Юдин, *Злоупотребление процессуальными правами в гражданском и уголовном судопроизводстве: межотраслевой анализ*, Lex Russica (научные труды МГЮА), № 5/2006., 976-987.
- 67 J. Picó i Junoy, *El principio de la buena fe procesal*, elektronski izvor, dostupno na: <http://www.justiciayderecho.org/revista4/articulos/EL%20PRINCIPIO%20DE%20LA%20BUENA%20FE%20PROCESAL%20Joan%20Pico%20i%20Junoi.pdf>, pristup 20.10.2014.

К

- 68 M. Caianiello, *Il principio di proporzionalità nel procedimento penale*, su *Diritto penale contemporaneo*, 2014., 1-30 (www.penalecontemporaneo.it) – lavoro destinato ad essere pubblicato anche nella Rivista Trimestrale Diritto Penale Contemporaneo 2015.
- 69 F. Caprioli, *Esposizione autorizzato prof. Francesco Caprioli*, Seminario di studio „L'abuso del processo” del 9 novembre 2012., Camera Penale Veneziana “Antonio Pognici”, Bollettino 2013 primo numero speciale.
- 70 E. M. Catalano, *Manipolazioni concettuali della nozione di abuso del processo*, in: *Processo penale e Giustizia*, Anno II, n. 4-2012., 91-95.
- 71 Л. Д. Калинин, *К вопросу о злоупотреблении правами и их недобросовестном использовании в уголовном судопроизводстве*, Адвокат. 2010. N 4., 5-9.
- 72 И. В. Камышникова, *Сущность и признаки злоупотребления правом в уголовном судопроизводстве*, „Правовые проблемы укрепления российской государственности“, Часть 51, Издательство Томского университета, 2011., 20-24.
- 73 Д. А. Казацкер, *Злоупотребления стороной своими правами в рамках уголовного процесса. Пределы и границы допустимости тактических приемов стороны обвинения и защиты*, Журнал „Воронежский адвокат“ № 7, 2012 г.
- 74 Р. Кеча, *Грађанско процесно право*, шесто издање, Приручници за полагање правосудног испита, Правни факултет Универзитета у Београду, ЈП „Службени гласник“, Београд, 2012.
- 75 А. Кнежевић Војовић, *Грађанска, кривична и дисциплинска одговорност судија*, Strani pravni život 3/2008, 122-138.
- 76 А. Comelli, *L'abuso del processo, con particolare riferimento al processo tributario*, Periodico: Diritto e pratica tributaria, 2012. I, 755-783.
- 77 P. Corso, *Esposizione autorizzato prof. Piermaria Corso*, Seminario di studio "L'abuso del processo" del 9 novembre 2012., Camera Penale Veneziana “Antonio Pognici”, Bollettino 2013 primo numero speciale.
- 78 D. Kos, *Autorizirano izlaganje Damira Kosa, sudije Vrhovnog suda Republike Hrvatske*, na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu na temu: *Zloporabe procesnih ovlasti i prava stranaka*

u kaznenom postupku, Bilten br. 4, 174-175. Elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

- 79 D. Kos, *Odgovorna obrana okrivljenika u kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 16, broj 2/2009, 573-582.
- 80 R. Kovačević Kuštrimović, *Domen primene načela zabrane zloupotrebe prava*, u: Međunarodna konferencija zloupotreba prava (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 17-30.
- 81 C. C. de Castro Coutinho, *Efetivação do princípio da celeridade mediante a coibição do abuso processual*. Elektronski izvor, dostupno na <http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/6314/Efetivacao-do-principio-da-celeridade-mediante-a-coibicao-do-abuso-processual>, pristup 5.10.2014. godine.
- 82 D. Krapac, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Davora Krapca na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravника grada Zagreba održanoj 28.2.2002. u Zagrebu na temu: Zloupotrebe procesnih ovlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 129-178. Elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.
- 83 D. Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, V. izmenjeno i dopunjeno izdanje, Narodne novine d.d., Zagreb, studeni 2012.
- 84 D. Krapac, *Trajanje kaznenog postupka i pravo na kazneno suđenje u razumnom roku*, Zbornik PFZ, 63, (1) 5-70 (2013), 1-70.
- 85 А. Я. Курбатов, А. С. Подмаркова, *Недопустимость злоупотребления правом как общеправовой принцип реализации прав*, журнал „Хозяйство и право“, 2009 г., № 2, 106-117.

Л

- 86 L. Lanzillo, *Le statistiche sulle cause di inefficienza del sistema giudiziario ed i rimedi all'eccessiva durata del processo penale*. Elektronski izvor, dostupno na http://www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti/diritto_penale_e_procedura_penale/1_Lanzillo_statistiche_inefficienza_sistema_giudiziario.html, pristup 10.7.2014.
- 87 В. В. Ларин, *К вопросу о противоправности злоупотребления правом*, Журнал Право и политика, 2007, № 3., 26-30.
- 88 S. Lawrence, *The power of a court to stay a prosecution as an abuse of process: judicial enforcement of fundamental values & principles*, „Reasonable Cause“ Criminal CLE Conference, 16 September 2012., elektronski izvor, dostupno na http://www.alsnswact.org.au/media/BAhbBlsHOgZmSSlhMjAxMy8wNy8xNS8yMV8wN181MF83NTZfZmlsZQY6BkVU/21_07_50_756_file, pristup februar 2014.
- 89 Р. Д. Лукић, Б. П. Кошутин, Д. М. Митровић, *Увод у право*, Седамнаесто издање, Јавно предузеће Службени лист СРЈ, Београд, 2001.

М

- 90 V. J. A. Martínez, *El delito de prevaricato de jueces y fiscales*. Elektronski izvor, dostupno na https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20110507_04.pdf, pristup 20.9.2014.

- 91 A. Mezglewski, *Twierdzenie, że w sprawach o wykroczenia respektowana jest zasada równości stron procesowych jest nadużyciem semantycznym*. Elektronski izvor, dostupno na <http://prawonadrodze.org.pl/twierdzenie-ze-w-sprawach-o-wykroczenia-respektowana-jest-zasada-rownosci-stron-procesowych-jest-naduzyciem-semantycznym/>, pristup 19.8.2014.
- 92 А. А. Малиновский, *Злоупотребление субъективным правом как юридический феномен*, Автореферат диссертации на соискание ученой степени доктора юридических наук, Московский государственный институт (Университет) международных отношений МИД России, Москва, 2009.
- 93 А. Маркићевић, *Злоупотреба права у кривичном поступку*, Гласник адвокатске коморе Војводине број 2-3, фебруар-март 1981., 26-30.
- 94 В. Марковић, *Zloupotreba procesnih ovlašćenja u upravnom postupku*, u: Међународна конференција злоупотреба права (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 353-363.
- 95 М. Ч. Марковић, *Злоупотреба права у грађанском парничном поступку*, Архив за правне и друштвене науке, 1937, књига 34, број 1, 56-57.
- 96 S. Međedović, *Pravni interes u parničnom postupku*, University Review (Univerzitetska misao), issue: 06/2007, 105-116, on www.cceol.com.
- 97 Dž. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Savet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009.
- 98 S. Milevska, *Оштетенуот како тужител во кривичната постапка*, Masters thesis, Goce Delcev University, Stip, 2014. Elektronski izvor, dostupno na <http://eprints.ugd.edu.mk/10378/>, pristup 5.11.2016.
- 99 P. Mozetič, *Zloraba procesnih pravic v kazenskem postopku*, Zbornik znanstvenih razprav, Letnik LXVI (2006), 145-172.
- 100F. C. Muñoz, *La simetría de la relación adjetiva civil y el abuso procesal de los jueces*, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVIII (Valparaíso, Chile, 2012, 1er Semestre) [pp. 325 - 341]

H

- 101I. Nacul, *El abuso procesal. Poderes, Deberes y Facultades del juzgador como garante de un proceso sin dilaciones*, Universidad del Norte Santo Tomas de Aquino. Elektronski izvor, dostupno na: www.judicialdelnoa.com.ar/doctrina/tesis_dra_nacul.doc), pristup 17.10.2014.
- 102M. Nicević, A. R. Ivanović, *Osvrt na pravo na pravično suđenje u svetlu odluka Evropskog suda za ljudska prava*, Pravne teme, Godina 1, Broj 2, 1-11.
- 103L. Nicotra: *L'abuso del processo tra regole deontologiche ed esigenze di economia processuale*, Seminario interdisciplinare sul tema Etica, economia e diritto, Genova, 12 dicembre 2008.

O

- 104N. Opatić, *Pravni interes u građanskom parničnom postupku*. Elektronski izvor, dostupno na <http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Pravni%20interes%20u%20građanskom%20parničnom%20postupku.pdf>, pristup 18.6.2017.

II

- 105M. Pajvančić, *Komentar Ustava Republike Srbije*, Fondacija Konrad Adenauer, Beograd 2009.
- 106B. Pavišić, *Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol. 15, broj 2/2008, 489-602.
- 107B. Pavišić, *Komentar zakona o kaznenom postupku*, Dušević & Kršovnik d.o.o., Rijeka, 2011.
- 108B. Н. Парфенов, *Проблема злоупотребления уголовно-процессуальными правами*, Российский следователь, 2014. N 7., 23 – 26.
- 109C. А. Пашин, *Проблема судебной ошибки*, електронски извор, доступно на <http://artshamardin.narod.ru/files/students/sudoustr/article/25.doc>, приступ 19.4.2014.
- 110N. Petrušić, *Prethodno pitanje u vanparničnom postupku i zabrana zloupotrebe procesnih ovlašćenja*, u: Међународна конференција злоупотреба права (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 332-342.
- 111M. Planiol, G. Ripert, *Traite elementaire de droit civil francais*, II, Paris, 1932.
- 112T. П. Подшивалов, *Запрет злоупотребления процессуальными правами в арбитражном процессе*, Российская юстиция, 2014. № 9., 17-20.
- 113B. Г. Пономарев, *О сущности злоупотребления правом и его месте в уголовном законодательстве Российской Федерации*, Вестн. Волгогр. гос. ун-та. Сер. 5, Юриспруд. 2012. № 1 (16), 158-167.
- 114D. Popov, *Zabrana zloupotrebe prava u našem zakonodavstvu do Drugog svetskog rata*, u: Међународна конференција злоупотреба права (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 31-38.
- 115M. Popović, *Borba za pravo, zloupotreba prava i odgovornost kao moralni pojmovi (osvrt na Tasićevo gledište)*, u: Међународна конференција злоупотреба права (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 3-10.
- 116A. Popovski, *Pravna priroda opće uporabe javnoga dobra*, Pravni vjesnik, god. 32 br. 3-4, 2016., 183-200.
- 117B. Poznić, *Komentar zakona o parničnom postupku*, Prema tekstu Zakona iz 1976. godine sa docnijim izmenama i dopunama, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu i Službeni glasnik, Beograd, 2009.
- 118G. C. Prazeres, *A influência da solidariedade social no processo: aplicação do venire contra factum proprium nulli conceditur ao direito processual*. Elektronski izvor, dostupno na http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/gustavo_cunha_prazeres-1.pdf, pristup 26.9.2015.

P

- 119J. Radišić, *Pravni delikt, pravna sankcija i pravna odgovornost*, u: Zbornik Pravnog fakulteta u Nišu. – Niš: Pravni fakultet, 1973. Sv. 12 (1973), 61-79.
- 120A. Радованов, *Грађанско процесно право*, Четврто измењено издање, Универзитет Привредна академија у Новом Саду, Правни факултет за привреду и правосуђе, Нови Сад, 2014.
- 121A. Radovanov, *Neka pitanja u vezi sa zloupotrebom procesnih ovlašćenja od strane prvostepenih sudova*, u: Aktuelni problemi zakonodavstva u Republici Srbiji (urednik Zdravko Petrović), Budva, 2007., 257-269.

- 122D. Radulović, *Efikasnost krivičnog postupka i njen uticaj na suzbijanje kriminaliteta*, JRKK (Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo), Vol. 35. Br. 2-3, maj – decembar 1997., 165-181.
- 123D. Radulović, *Krivično procesno pravo*, Drugo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Pravni fakultet u Podgorici, Podgorica, 2009.
- 124M. Reljanović, A. K. Petrović, *Šikanozno vršenje prava, diskriminacija i zlostavljanje na radu – zakonska regulativa i praksa*, Pravni zapisi, God. II, br. 1 (2011), 186-196.
- 125E. В. Рябцева, *Реализация принципа разумности в уголовном процессе России*. Електронски извор, доступно на <http://www.iaaj.net/node/463>, приступ 21.11.2014.
- 126M. Rotondi, *L'abuso del diritto* in Riv. Dir. Civ. 1923.
- 127R. G. Rutherford, *La „aemulatio“ y el abuso del derecho*, Rev. estud. hist.-juríd. no. 35, Valparaíso, nov. 2013. Elektronski izvor, dostupno na: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552013000100020&script=sci_arttext, pristup 19.10.2014.

C

- 128M. A. Sandulli, *L'abuso di processo*. Elektronski izvor, dostupno na [http://www.treccani.it/enciclopedia/l-abuso-di-processo_\(II-Libro-dell'anno-del-Diritto\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/l-abuso-di-processo_(II-Libro-dell'anno-del-Diritto)/), pristup 12.7.2014.
- 129C. Н. Сворцан, *Коментар закона о парничном поступку*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац, 2012.
- 130F. Scaglione, *L'abuso del diritto nel contratto*, Annuario giuridico dell'Università degli Studi di Perugia, Anno 2012., 237-262.
- 131C. Scarpantoni, *Tesi: L'abuso del processo: configurabilità e sanzioni*, Luiss Guido Carli, Libera Università Internazionale degli Studi Sociali, Anno Accademico 2014/2015.
- 132G. Scarselli, *Sul c.d. abuso del processo*, Rivista di Diritto Processuale, Fascicolo N. 6/2012.
- 133И. Е. Сенников, *Злоупотребление правом и социально допустимое поведение граждан*, Вестник Нижегородского университета им. Серия: Право. Вып. 1 (5), Нижний Новгород, 2002., 158-167.
- 134Ѓ. D. Sibinović, *Sila zakona protiv sile neprava*, u: Glas i pismo: Žak Derida u odjecima (urednik Petar Bojanić), održan u organizaciji Instituta za filozofiju i društvenu teoriju, Beograd 2005., 209-216.
- 135P. F. Silva-Ruiz, *La doctrina de los actos propios (Venire contra factum proprium non valet)*. Elektronski izvor, dostupno na: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/la-doctrina-de-los-actos-propios-venire-contra>, pristup 11.11.2014.
- 136M. Симић, С. Ђорђевић, Д. Матић, *Увод у право*, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац, 2009.
- 137D. Simović, *Ljudska prava u Ustavu Srbije od 2006. - kritička analiza*, u: Ustavne i međunarodnopravne garancije ljudskih prava (urednik: prof. dr Zoran Radivojević), Pravni fakultet u Nišu, Niš, 2008., 325-348.
- 138А. И. Сорокин, *Процессуальный эстоппель*, Международный научно-исследовательский журнал, Выпуск № 7-3 (38) / 2015, Екатеринбург 2015., 137-138.
- 139M. Sverdović, *Autorizirano izlaganje Marijana Sverdovića, sudije Vrhovnog suda Republike Hrvatske*, na 75. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravnika grada

Zagreba održanoj 28.2.2002. na temu: *Zloupорabe procesnih овlasti i prava stranaka u kaznenom postupku*, Bilten br. 4, 159. Elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.

T

- 140H. C. Talciani, *La raíz histórica del adagio “Venire contra factum proprium non valet”*, elektronski izvor, dostupno na <http://dspace.usalca.cl/bitstream/1950/9975/1/historiaadagioactosproprios.pdf>, pristup 15.15.2017.
- 141J. Тинтор, *Бранилац као субјект реформисаног кривичног поступка*, у: Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспект), (главни редактор проф. др Станко Бејатовић), Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, Златибор - Београд, 2012., 254.
- 142S. Thomas, „*Konfliktverteidigung*“, *Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht*, StV 8/2010, 30 Jahre Strafverteidiger, 428-432.
- 143G. Томашевић, *Kazneno procesno pravo*, Опći dio: Temeljni pojmovi, Pravni fakultet u Splitu, Zavod za kaznenopravna i kriminološka istraživanja „Ivan Vučetić“, Elektronično izdanje, Split, 2009.
- 144T. В. Трубникова, *Злоупотребление правом в уголовном процессе: критерии и пределы вмешательства со стороны государства*, Вестник Томского государственного университета. Право. 2015. №3 (17)., 65-78.
- 145O. И. Цыбулевская, *Злоупотребление правом как нравственная проблема*, Вестник ВолГУ. Серия 5. Вып. 6. 2003-2004., 56-62.

У

- 146A. Uzelac, *Autorizirano izlaganje prof. dr. sc. Alana Uzelca* na 76. Tribini Pravnog fakulteta u Zagrebu i Kluba pravника grada Zagreba održanoj 19.3.2002. u Zagrebu na temu: *Zloupорabe u грађанском поступку*, Bilten br. 5, 179-209., elektronski izvor, dostupno na <https://www.pravo.unizg.hr/download/repository/godisnjaci/1-godisnjak.pdf>, pristup 7.5.2015.
- 147A. Uzelac, *Vladavina prava i pravosudni sustav: sporost pravosuđa kao prepreka pridruživanju*. Elektronski izvor, dostupno na http://www.alanuzelac.from.hr/pubs/A09Vladavina_prava.pdf, pristup 15.11.2017.

Ф

- 148T. Fischer, *Konfliktverteidigung, Mißbrauch von Verteidigungsrechten und das Beweisantragsrecht*, StV 8/2010, 30 Jahre Strafverteidiger, 423-428.
- 149H. Ю. Фролова, *Злоупотребление правом как „пограничная“ категория*, Журнал Новая правовая мысль, № 2(39), 8-12.

X

- 150B. В. Хатуева, *Сущность и юридическая природа диспозитивности в уголовном процессе*, Российский следователь № 4. 2005., 13.
- 151D. R. Hertel, D. A. R. Corrêa, *Processo civil e vedação do comportamento contraditório*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 18, n. 3603, 13 maio 2013.

Ц

- 152O. И. Цыбулевская, *Злоупотребление правом как нравственная проблема*, Вестник ВолГУ. Серия 5. Вып. 6. 2003—2004., 56-62.
- 153R. Cvetić, *Kriterijumi za utvrđivanje zloupotrebe prava*, u: Međunarodna konferencija zloupotreba prava (urednik: Radmila Kovačević Kuštrimović), Pravni fakultet Niš i Institut za pravno i društveno istraživanje, Niš, 1996., 70-77.
- 154J. Czabański, M. Warchoń, *Prawo do milczenia czy prawo do kłamstwa*, Prokuratura i Prawo 12, 2007., 35-50.

Ч

- 155M. В. Чебакова, *Понятие злоупотребления правом*, Вестник алтайской науки 2008 №3(3), 116-122.
- 156R. Čeferin, *Ali poteni vlaganje pravnih sredstev odvetnika z namenom zavlačevanja zlorabo procesnih pravic?*, Odvetnik 47/marec 2010., 4-8.
- 157Я. С. Чуприна, *Принцип недопустимости злоупотреблением правом в условиях изменений уголовного законодательства в Российской Федерации*, Уголовно-правовая защита прав и свобод личности: материалы Международной научной конференции, посвященной 85-летию со дня рождения Заслуженного деятеля науки Российской Федерации А. Н. Игнатова. Москва, 10 октября 2013 г., 328-333.

Ш

- 158H. А. Шебанова, *Злоупотребление процессуальными правами*, Арбитражная практика № 5/2002., 49.
- 159M. Škulić, *Dominantne karakteristike osnovnih velikih krivičnoprocesnih sistema i njihov uticaj na reformu srpskog krivičnog postupka*, Crimen (IV) 2/2013., 176–234.
- 160M. Škulić, G. Ilić, *Kako je propala reforma? Šta da se radi?*, Udruženje javnih tužilaca i zamenika javnih tužilaca Srbije, АТС, Beograd, 2012.
- 161А. Ф. Шотт, *Злоупотребление правом в уголовном процессе*. Электронски извор, доступно на conf.sfu-kras.ru/mn2015/sites/.../Шотт%20А.Ф..docx, приступ 19.8.2015.

ИДЕНТИФИКАЦИОНА СТРАНИЦА ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ

I Аутор
Име и презиме: Милан Давидовић
Датум и место рођења: 30. новембар 1959. године, Александровац, Република Србија
Садашње запослење: Судија Вишег суда у Краљеву
II Докторска дисертација
Наслов: Злоупотребе процесних права у кривичном поступку (нормативни, теоријски и практични аспект)
Број страница: 440
Број слика/табела: /
Број библиографских података: 161
Установа и место где је рад израђен: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац
УДК: 343.144
Ментор: Доц. др Вељко Турањанин, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
III Оцена и одбрана
Датум пријаве теме: 01.04.2013. године
Број одлуке и датум прихватања теме докторске дисертације: 197/18 од 10.04.2013. године
Комисија за оцену подобности теме кандидата: 1. др Станко Бејатовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа кривичноправна научна област; 2. др Снежана Соковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа кривичноправна научна област, члан Комисије; 3. др Татјана Лукић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Новом Саду, ужа кривичноправна научна област, члан Комисије.
Комисија за оцену докторске дисертације: 1. др Снежана Соковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа кривичноправна научна област, председник Комисије; 2. др Бранислав Симовић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа кривичноправна научна област, члан Комисије; 3. др Иван Илић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, ужа кривичноправна научна област, члан Комисије.
Комисија за одбрану докторске дисертације:

- 1. др Снежана Соковић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа кривичноправна научна област, председник Комисије;**
- 2. др Бранислав Симоновић, редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ужа кривичноправна научна област, члан Комисије;**
- 3. др Иван Илић, доцент Правног факултета Универзитета у Нишу, ужа кривичноправна научна област, члан Комисије.**

Датум одбране докторске дисертације: