

Др Саша Кнежевић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.137.3

Рад примљен: 30.03.2014.

Рад прихваћен: 28.04.2014.

СУЂЕЊЕ У ОДСУСТВУ ОКРИВЉЕНОГ**

Апстракт: *Формирање уверења суда о одлучним чињеницама готово је незамисливо без активне партиципације странака у доказном поступку на главном претресу. Присутвом странака и осталих процесних субјеката на главном претресу омогућава се непосредно сазнавање одлучних чињеница кроз исказе тих лица, али и кроз непосредан увид суда у материјалне изворе доказа.*

Утврђивање чињеничне основице судске одлуке биће отежано, ако кривичнопроцесне странке не присуствују главном претресу. Закоником о кривичном поступку Србије, предвиђени су инструменти за обезбеђивање присуства странака у кривичном поступку. Нарочито је важно омогућити присуство окривљеног у централној фази кривичног поступка. Међутим, понекад постоје важни криминално-политички разлози да се окривљеном суди и у одсуству, иако се тиме одступа од појединих важних процесних начела.

Кључне речи: *непосредност, одсуство, окривљени, суђење, малолетници; понављање кривичног поступка.*

1. Увод

Присуство окривљеног, од капиталне је важности за реализацију начела непосредности, али и других основних процесних начела. Иако исказ окривљеног првенствено служи као средство за остваривање функције одбране, законодавства се не одричу овог, врло важног извора доказа. С тим циљем, предвиђа се шири дијапазон мера за обезбеђење присуства окривљеног на главном претресу и у кривичном поступку уопште. Тим

* knez@prafak.ni.ac.rs

** Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

мерама ограничава се лична слобода окривљеног ради несметаног функционисања кривичног правосуђа.

Доказни поступак на главном претресу може бити лишен присуства окривљеног, у случају његовог недоласка на главни претрес у скраћеном кривичном поступку (недошавши окривљени), као и у случају бекства, односно недоступности окривљеног државним органима (одбегли окривљени), у редовном и скраћеном поступку. У поступку према малолетницима, није допуштено суђење у одсуству.

2. Историјат суђења у одсуству окривљеног

Историјски посматрано, суђење у одсуству (контумацијски поступак) развило се још у римском праву. Недолазак окривљеног пред надлежни државни орган (комицију), исходовао је, у раним фазама римског права, различитим правним консеквенцама. Уколико је окривљени себи обезбедио азил, зависно од процене комиције о умесности азила, поступак се могао окончати казном *aque et ignis interdictio*, која је повлачила и губитак имовине. Недолазак окривљеног пред комицију, резултирао је казном, уз одузимање имовине, а понекад и санкционисањем у виду *aque et ignis interdictio*.

Римско право у доба Царства, промовисало је процесно начело, по којем се, по правилу, несаслушаном окривљеном не може судити. Недолазак пред суд, и поред наређених мера процесне принуде, резултирао је издавањем три едикта, којима је окривљени позиван пред суд. Непојављивање окривљеног пред судом, након трећег едикта, за последицу је имало одузимање имовине. Окривљени је могао, у року од године дана од последњег едикта, да оправда свој недолазак, и тако, фактички, издејствује ново суђење. Протеком овог рока, конфисковано имање се више није могло повратити. Конфискација имовине окривљеног *de facto* је била мера одмазде због непослушности, а не казна за извршено кривично дело. Суштински посматрано, имовина окривљеног је одузимана, а, притом, кривична ствар није ни расправљена, а тиме ни пресуђена (Марковић, 1937: 547).

У раном средњовековном праву, одбегли окривљени су стављани ван заштите закона (*forbannitio*). Ова мера одмазде, због непослушности према властима, састојала се у стављању ван законске заштите личности и имовине одбеглог окривљеног, као и у забрани пружања помоћи.

Канонско право онемогућавало је стављање ван правне заштите одбеглог окривљеног, без претходног расправљања његове кривице. Против не-

доступног окривљеног вођена је истрага, а потом се пристипало суђењу. Из канонског права настао, инквизициони систем кривичног поступка, напуштањем тортуре, као неминовног пратиоца доказног поступка, промовисао је могућност суђења у одсуству. Притом, суђење *in contumaciam* било је могуће искључиво за тежа кривична дела. Смисао изречене казне која није могла бити извршена, огледао се у промовисању репресије као адекватног друштвеног одговара на противправно понашање.

Контумацијски поступак предвиђао се и француским *Code d' instruction criminelle* (1808). У зависности од врсте кривичног дела и надлежности суда, постојале су две врсте поступака. Недолазак уредно позваног окривљеног на главни претрес, против кога се кривични поступак водио због преступа или иступа, исходовао је суђењем у одсуству и доношењем пресуде. Против донете пресуде, окривљени је имао право на подношење протеста (*opposition*) којим се анулирало само постојање донете пресуде. Исто тако, уложени протест имао је дејство позива за следећи главни претрес. Међутим, недоласком окривљеног на нови главни претрес, раније донета пресуда се конвалидирала, и против ње није постојала могућност улагања протеста.

Суђење одсутном окривљеном, осумњиченом за извршење злочина, детаљно је регулисано постреволуционарним француским законодавством. Окривљени се налазио у стању контумације, уколико се није могао довести пред суд, као и ако се, у року од десет дана по саопштавању одлуке о стављању пред суд, не одазове на рочиште, или, пак, побегне. Последице недоласка на суд биле су губитак грађанских права и одузимање имовине, на основу одлука донетих у контумационом поступку. Резултат суђења у одсуству, започетог по протеклу рока од десет дана, могао је бити осуда или ослобађање од оптужбе. Сам контумацијски поступак водио се без поротника, као и без присуства браниоца окривљеног. Реализација начела непосредности суђења додатно је редукована одвијањем поступка на основу читања аката (*Ibid:548*).

Општи немачки кривични поступак немачке царевине (1877), промовисао је правило о немогућности суђења у одсуству окривљеног. Изузетно, ради постизања двају циљева, било је могуће контумацијско суђење. Најпре, суђење у одсуству било је могуће ради одржавања претреса и доношења пресуде из разлога целисходности, као и с циљем прибављања доказа, уколико окривљени накнадно постане доступан суду, или се сам касније јави. Вођење контумацијског поступка из разлога целисходности, било је могуће само против извршилаца најлакших кривичних дела, за која се могла изрећи новчана казна, или краткотрајна казна затвора (у трајању

до шест недеља). Поступак се, притом, могао водити искључиво ако је окривљени изостао са суђења, али не и уколико је побегао. Контумацијски поступак, вођен с циљем обезбеђења доказа, имао је карактер претходног поступка у односу на редовни кривични поступак који се покретао када се окривљени појавио пред судом.

Суђење у одсуству окривљеног изузетно је било могуће и у новоконституисаном законодавству Кнежевине Србије. Српски Законик о кривичном поступку, из 1865. године, изузетно је допуштао ову могућност. Да би суд, сагласно овом законском акту, водио кривични поступак у одсуству окривљеног, потребно је решавање двају питања. Најпре, потребно је да из утврђеног чињеничног стања произлази да је учињен злочин, и да, у конкретном случају, кривично дело изазива пажњу јавног мњења (чл. 314). Иначе, главни претрес против недошавшег окривљеног одвијао се уз учешће браниоца, а донета пресуда сматрала се коначном. Против окривљеног, који је у бекству, или је недостижан суду, пресуда донета у његовом одсуству имала је привремени карактер. Уколико би се окривљени, након доношења пресуде, појавио, пресуда се аутоматски укидала. То је произлазило из уверења тадашњег законодавца, да смисао контумацијског поступка није дефинитивно пресуђење кривичне ствари, већ тренутно задовољење интереса правичности и захтева јавног мњења (*Радуловић, 1981:136*).

3. Суђење у одсуству окривљеног у редовном кривичном поступку

У редовном кривичном поступку, изузетно је допуштено суђење у одсуству *одбеглог*, државним органима недоступног окривљеног. Суђење у одсуству *недошавшег* окривљеног није могуће. Наиме, ако се уредно позвани окривљени на главном претресу не појави нити оправда свој изостанак, биће принудно доведен. Суд може окривљеном, ако посумња да он очигледно избегава да дође на главни претрес, одредити притвор (чл. 211 ст. 1. тач. 1. ЗКП-а). Дакле, законодавац има ефикасне процесне механизме да недошавшег окривљеног примора да присуствује главном претресу.

Окривљени се сматра одбеглим, уколико је, из фактичких или правних разлога, недоступан државним правосудним органима. Немогућност суђења окривљеном може бити последица његовог бекства на територију која није обухваћена јурисдикционим подручјем домаћих судова. Притом, место боравишта окривљеног може бити непознато суду, али суд може и имати сазнања о адреси боравка окривљеног, а да страна држава одбије његово изручење.

Суђењу у одсуству може се приступити тек пошто су се мере, усмерене на проналажење окривљеног, показале неуспешним. То подразумева да су предузете све активности на сазнавању боравишта окривљеног, укључујући и ангажман органа унутрашњих послова на прикупљању обавештења од сродника, познаника и браниоца окривљеног. Асортиман средстава, уперених на проналажење окривљеног, може се проширити и издавањем потернице, као и тражењем помоћи од иностраних полицијских органа. За постојање бекства, као законског услова за могућност суђења у одсуству окривљеног, није довољно да органу кривичног поступка није позната адреса окривљеног. Наиме, адреса боравишта окривљеног не мора бити последица избегавања кривичног поступка, већ немара, честог мењања боравишта услед сезонског рада, избегавања неугодности због непоседовања одговарајућих административних дозвола (личних исправа, дозвола за рад, и слично). Бекство, у смислу постојања услова за контумацијско суђење, не постоји иако се зна да окривљени борави у одређеном месту, али се крије. Чињеница да се окривљени налази у бекству, мора бити проверена (*Васиљевић, Грубач, 2005:518*).

Одбијање домаћег држављанина да у иностранству прими позив за главни претрес, или његово неодржавање позиву нити оправдавање изостанка, не подразумева да је он недостижан државним органима. Стога, у овом случају, не би били испуњени услови за суђење у одсуству. У овим ситуацијама, најпре би требало затражити екстрадицију окривљеног, а тек по одбијању екстрадиције или немогућности изручења од умољене државе, створили би се услови за суђење у одсуству (*Ibid, 519*).

Против одбеглог окривљеног може се водити поступак у одсуству, не само фаза главног претреса, већ цео кривични поступак. Наиме, решење о вођењу кривичног поступка у одсуству може се донети и у претходном поступку. У том случају, од момента доношења решења о суђењу у одсуству окривљени добија браниоца, коме се доставља оптужница. Окривљеном, коме се суди у одсуству, не треба достављати оптужницу и пресуду, ни када је његово боравиште у иностранству познато суду.¹ Иначе, уколико се окривљени, у току суђења у одсуству, појави на главном претресу, наступиће редовно суђење у присуству окривљеног. У тој ситуацији, председник судећег већа има обавезу да окривљеног обавести о дотадашњем току главног претреса.

Без обзира на то да ли је окривљени у бекству или је, пак, недостижан, могу постојати објективни криминално-политички разлози за суђење у његовом одсуству. Најчешће се, у одсуству, суди извршиоцима најтежих кривичних дела, организованог криминалитета, као и презумптивним

1 Одлуке Окружног суда у Београду, К 221/83 и ВСС, Кж. 393/84

ратним злочинцима. Интерес државе, да процесуира извршиоце ових најтежих облика криминалитета, понекад, надмашује основне постулате правичног суђења, из којих произлази обавезно присуство окривљеног на суђењу. Осим тога, кривична осуда одбеглих извршилаца кривичних дела може имати и имовинске импликације. Она је основ прихватања евентуалног имовинскоправног захтева оштећеног, а сам чин покретања кривичног поступка може исходovati и привременим одузимањем имовине осумњиченог, или окривљеног. Трајно одузимање имовинске користи, проистекле из кривичног дела, настаје као последица изрицања одређене кривичне санкције окривљеном (казне, судске опомене, васпитне мере, и мере безбедности обавезног психијатријског лечења), укључујући и оног окривљеног, коме је суђено у одсуству. Стога, постоји интерес друштва, да се утврди основаност оптужбе против одбеглог окривљеног.

Суђење у одсуству окривљеног, може се одржати једино на иницијативу овлашћеног тужиоца. Да би суђење, у одсуству окривљеног, започело, неопходно је да првостепени суд решењем прихвати иницијативу овлашћеног тужиоца, при чему жалба, на одбијање иницијативе, не задржава извршење решења (чл. 381. ст. 3. ЗКП-а). Контумацијски поступак наступа уколико суд прихвати аргументовану иницијативу тужиоца и донесе решење о суђењу у одсуству. Ако суд не прихвати иницијативу тужиоца за суђење у одсуству окривљеног, тужилац може затражити прекид истраге. Међутим, ако недостижност окривљеног наступи након потврђивања оптужнице, главни претрес се не заказује, односно одлаже се све док окривљени не постане доступан државним органима (чл. 380. ст. 1).

Евентуална иницијатива самог одбеглог окривљеног, за суђење у његовом одсуству, нема правни значај. Изостанак иницијативе тужиоца, у том смеру, доводи до одлуке суда о одлагању главног претреса. Иако је логично да било који титулар функције оптужбе има право на иницирање поступка суђења у одсуству окривљеног, у судској пракси постоје и случајеви непризнавања овог права оштећеном као супсидијарном тужиоцу! (Вуковић, 2002: 274) У складу са редуковањем могућности наступања супсидијарне тужбе, сагласно новим законским решењима, оштећени може вршити функцију оптужбе ако јавни тужилац, по потврђивању оптужнице, одустане од гоњења одбеглог окривљеног.

Суђење у одсуству окривљеног могуће је и у случају удаљења првобитно присутног окривљеног са главног претреса услед недисциплинованог понашања, ометања рада суда или нарушавања реда. Ову меру суд може изрећи, пошто претходно окривљеном изрекне опомену или новчану казну (чл. 371. ст. 2. ЗКП). Удаљење је, по правилу, привремено, а ако је окривљени

већ саслушан на главном претресу, оно може трајати за све време трајања доказног поступка.

4. Међународноправна и упоредноправна реглементација суђења у одсуству окривљеног

Међународноправни документи о заштити људских права афирмишу право окривљеног на присуство поступку одлучивања о основаности оптужбе против њега. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, јасно наглашава да окривљени има право да присуствује расправи и да се сам брани (чл. 14. ст. 3д). Из ове одредбе не произлази могућност суђења у одсуству окривљеног. Међутим, према Генералном коментару Комитета за људска права (*Human Rights Committee*), у изузетним случајевима, када то захтевају „интереси правде“, могуће је суђење у одсуству (*trial in absentia*).² У случају суђења у одсуству окривљеног, потребно је окривљеног обавестити о случају и предузети све мере да се он благовремено појави пред судом, оспособљен и припремљен за одбрану (*Klerks, 2008: 12*).

Право окривљеног да присуствује суђењу, као претпоставка начела непосредности, прописано је и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (чл. 6. ст. 3ц). Међутим, из праксе Европског суда за људска права, произлази да Европска конвенција ипак допушта суђење у одсуству окривљеног. Суђење у одсуству окривљеног дозвољава се само у изузетним околностима, уколико су судске власти поступиле са дужном ревношћу, али нису могле обавестити особу о месту и датуму суђења.³ Суђење у одсуству може бити дозвољено у интересу спровођења правде у случају болести.⁴ Осим тога, суђење у одсуству окривљеног допуштено је све док оно не буде схваћено као „одрицање од могућности окривљеног да буде присутан на суду“. Суђење у одсуству представља само могућност, и то под условом да судска власт предузме све мере, да окривљеног обавести о поступку.

Када окривљени постане доступан суду, потребно је предузети мере за његово укључивање у поступак (*Starigyn, Selth, 2005:170-188*). Из одлуке Европског суда, у случају Thomann против Швајцарске, произлази,

² Комитет за заштиту људских права је тело, овлашћено за праћење поштовања обавеза држава, преузетих потписивањем Међународног пакта о грађанским и политичким правима.

³ *Colozza против Италије*, 1985

⁴ *Ensslin et alia против Немачке* 14 DR 64

да суд, који је окривљеном судио у одсуству, није обавезан донетом одлуком. Обезбеђивањем присуства окривљеног стварају се услови за поновно разматрање случаја. Одступање од начела непосредности, и у виду могућности суђења у одсуству окривљеног, заступљено је и у многим упоредноправним системима. *Немачко право*, начелно предвиђа немогућност суђења без присуства окривљеног (*Starigyn et al., 2005:170-188*). Окривљени, притом, има обавезу да присуствује главној расправи. Уколико се окривљени ипак удаљи са расправе, а након прекида јој не приступи, поступак се може окончати у одсуству окривљеног. Услов је да је окривљени претходно био саслушан, а да његово даље присуство није неопходно (§ 231. StPO). Намерни или скривљени изостанак окривљеног с главне расправе за последицу има вођење расправе у одсуству одбеглог окривљеног, без обзира на то што претходно није саслушан. Окривљени се накнадно може укључити у одвијање главне расправе, све до почетка објављивања пресуде. У тој ситуацији, предочиће му се најбитнији резултати дотадашњег тока расправе. Одлука о суђењу у одсуству, доноси се закључком против којег је дозвољена хитна жалба, која има суспензивно дејство (§ 231 а. StPO). У јединственом кривичном поступку, против више саокривљених, поједини окривљени могу се удаљити са дела главне расправе (§ 231 с. StPO).

Главна расправе може се одржати у одсуству окривљеног, и у случају да је окривљени уредно позван и упозорен на могућност суђења у одсуству, а не очекује се изрицање новчане казне, у већем износу, или ако поступак може бити окончан изрицањем судске опомене, условне осуде, затим забраном управљања моторним возилом (уколико је окривљени у позиву упозорен на ову могућност), одузимањем имовинске користи, или одузимањем, уништавањем, или чињењем неупотребљивим средстава за извршење кривичног дела (§ 232. StPO). У случају, да се, у конкретном кривичном поступку, могу изрећи ове кривичне санкције, као и казна затвора до шест месеци, окривљени може бити и ослобођен обавезе присуствовања на главној расправи. Притом, он мора бити саслушан, од овлашћеног или замољеног судије (§ 233).

Суђење у одсуству окривљеног, допушта и *француско* право. Окривљеном, коме се на терет ставља извршење злочина као најтежег кривичног дела, може се судити у одсуству. Када окривљени постане доступан суду, стичу се услови за понављање суђења, започетог или окончаног у његовом одсуству. *Енглеско* право, исто тако, омогућава суђења у одсуству окривљеног, за најтежа кривична дела (*Ibid*). У праву *САД*-а, окривљени има право на физичко присуство у току суђења (*Marcus & Whitebread, 2008:161*). Међутим, он може, својим понашањем, манифестовати намеру за одрицање од овог

права. Одррицање од права на физичко присуство може бити испољено својевољним напуштањем суђења од окривљеног. У том случају, кривични поступак се наставља у одсуству окривљеног.⁵ То произлази и из америчких Федералних правила кривичног поступка (*Federal Rules of Criminal Procedure*, п. 43). Окривљени се не може својевољно вратити на суђење, већ може захтевати да суд утврди да напуштање расправе не представља вид добровољног одрицања од права на физичко присуство, у току суђења. Суђење се може одвијати у одсуству окривљеног, и ако он истрајава у непримереном понашању према суду, па, стога, буде удаљен са сопственог суђења. Окривљени, притом, може бити враћен у судницу, ако се касније сагласи са правилима судске дисциплине (*Marcus et al.*, 2008:162).

5. Суђење у одсуству у скраћеном поступку

Законске претпоставке, за одржавање главног претреса у скраћеном (сумарном) поступку, омогућавају одвијање ове, централне, фазе поступка, и без присуства кривичнопроцесних странака. Осим што се тиме одступа од начела непосредности, онемогућава се и реализација начела контрадикторности.

Главни претрес у скраћеном поступку може се одржати и у одсуству недошавшег окривљеног. Услови за одржавање главног претреса, без непосредног саслушања окривљеног, јесу: а) да се оптуженом суди за кривично дело за које је прописана новчана казна или казна затвора до три године; б) да је окривљени уредно позван; в) да присуство окривљеног није нужно; г) да је окривљени, пре главног претреса, био саслушан (чл. 507. ст. 2. ЗКП-а). Претходно саслушање окривљеног, притом, може бити обављено приликом вршења појединих истражних радњи, на раније одржаном главном претресу, који је одложен или прекинут или пред вишим судом, пре него што се огласио ненадлежним (*Грубач*, 2009:498).

Судска пракса углавном респектује законске одредбе о суђењу у одсуству недошавшег окривљеног. То се нарочито односи на претходно испитивање окривљеног, као услова за одступање од начела непосредности, у доказном поступку (на главном претресу у скраћеном поступку).⁶ Међутим, у судској пракси може настати проблем због чињенице да законска одредба о суђењу у одсуству окривљеног није изричито предвидела ову могућност и за *одбеглог* окривљеног. Проблем се огледа у чињеници да за суђење, у одсуству одбеглог окривљеног, није неопходно претходно саслушање (које, уосталом, најчешће и не би могло бити реализовано). Поставља се

⁵ Одлука у случају *Taylor v. United States*, 414 U. S. 17 (1973).

⁶ Одлука *Окружног суда у Београду*, Кж. 34/91, и Одлука *Савезног суда*, Кас. 13/95.

питање, да ли се због изостанка експлицитне законске одредбе, не може судити у одсуству окривљеног, који је недоступан суду, а терети се за извршење кривичног дела, за које се води скраћени поступак. Наиме, упркос чињеници да је окривљени оптужен за извршење кривичног дела, за које се води скраћени поступак, не може се искључити постојање „нарочито важних разлога“ да му се суди у одсуству. Основ за суђење одбеглом окривљеном у скраћеном поступку представља одредба чл. 495. ст. 1. Законика о кривичном поступку Србије, која допушта супсидијарну примену осталих законских одредаба (осим одредаба чл. 496-520. ЗКП-а, које регулишу одвијање скраћеног поступка), укључујући и одредбу чл. 381. Законика о кривичном поступку. Сходно томе, и окривљеном, који *није претходно саслушан*, може се, у скраћеном поступку, судити у одсуству, ако су испуњени законски услови из чл. 381. ст. 2. Законика о кривичном поступку! Неопходно је, притом, да постоје нарочито важни разлози за суђење без присуства окривљеног. Судска пракса поступала је на овај начин, при чему се могућност наступања застарелости кривичног гоњења, услед евентуалног изостанка суђења у одсуству окривљеног, третирао, као нарочито важан разлог, предвиђен као основ за суђење без присуства окривљеног (чл. 381. ст. 2. ЗКП-а). Дакле, због опасности од наступања застарелости, може се, и у скраћеном поступку, судити у одсуству окривљеног, иако он претходно није саслушан.⁷

6. Забрана суђења у одсуству малолетника

У поступку према малолетницима, забрањено је суђење у њиховом одсуству (чл. 48. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица), чиме је доследније реализовано начело непосредности. Присуство малолетника на главном претресу је обавезно, али није неопходно на седници већа. Наиме, уколико се поступак пред већем за малолетнике одвија у седници већа, обавезно је присуство јавног тужиоца, браниоца малолетника, и представника органа старатељства (чл. 73. ст. 3. ЗМ-а). Пошто законодавац није сврстао малолетника у круг лица, чије је присуство на седници већа неопходно, тиме је манифестована идеја да присуство малолетника седници већа није обавезно. Стога, ако малолетник не присуствује седници већа, неће постојати битна повреда одредаба кривичног поступка. Претпостављени *ratio legis* овог законског решења огледа се у чињеници да је малолетник, претходно, присуствовао припремном поступку, те се одлука може донети

⁷ Пресуда Врховног касационог суда Кзз. 12/10, од 14. 04. 2010. године, утврђена на седници Кривичног одељења, 25. 06. 2010. године, site: www.vk.sud.rs.

без његовог присуства. Судија за малолетнике има само обавезу да малолетнику саопшти одлуку, донету на седници већа (чл. 73. ст. 4. ЗМ-а).

Сви субјекти кривичног поступка према малолетницима, дужни су да, при предузимању радњи којима малолетник присуствује (нарочито при његовом саслушању), поступају обазриво, водећи рачуна о личности малолетника и заштити његове приватности. То је неопходно како се не би штетно утицало на развој малолетника (чл. 48. ст. 2. ЗМ-а). Ова обавеза, учесника у поступку према малолетницима, нарушена је, примера ради, ако је суд, у првостепеној пресуди, донетој у редовном кривичном поступку, осим имена пунолетног окривљеног, навео и имена малолетних саучесника (*Перић, 2005:130*).

Забрана суђења у одсуству, важи и за млађа пунолетна лица, а под законом предвиђеним условима (чл. 51. ст. 3. ЗМ-а), и у јединственом поступку за малолетнике и пунолетна лица.

У *немачком* праву, релативизована је забрана суђења у одсуству малолетника. Одредбама § 50. ЈГГ-а, позива се на аналогну примену одредаба о суђењу у одсуству пунолетних окривљених, ако за то постоје разлози и сагласност државног тужиоца. Прописује се и могућност искључења с главне расправе малолетника, али и родбине, законског заступника и васпитача малолетника (§ 50. ЈГГ-а). Из ових законских одредаба, не може се закључити да ли се с главне расправе истовремено могу удаљити малолетник и његов законски заступник. Уколико би то био случај, одступило би се од начелне обавезе присуствовања малолетника на главној расправи, а тиме и од начела непосредности. Забрана суђења у одсуству малолетника, између осталог, егзистира и у *хрватском* (чл. 48. ст. 1. Закона о судовима за младеж) и *македонском* праву (чл. 90. Закона о малолетничкој правди).

7. Понављање кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног

Правноснажна судска одлука, донета без присуства окривљеног, резултат је доказног поступка, спроведеног уз одсуство реализације појединих основних процесних принципа (контрадикторности, усмености, непосредности). Последица тога је недовољна ваљаност чињеничне конструкције пресуде, утемељене на доказима проистеклим из ангажмана овлашћеног тужиоца. Одсуство партиципације окривљеног у доказном поступку, нужно ограничава валидност чињеничне основице пресуде, донете у контумацијском поступку. Стога, потребно је предвидети адекватан

процесни механизам за преиспитивање чињеничне и правне заснованости правноснажне пресуде, произашле из суђења у одсуству окривљеног. То законодавац чини предвиђањем могућности понављања кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног (осуђеног).

Осим понављања кривичног поступка мотивисаног мањкавости чињеничне конструкције правноснажне пресуде, законодавац предвиђа и могућност понављања кривичног поступка, окончаног у одсуству осуђеног. Законски услов за овај вид понављања кривичног поступка иницијатива је самог осуђеног или његовог браниоца у том смеру, у року од шест месеци, од дана наступања могућности за суђење у присуству окривљеног (чл. 480. ст. 1. ЗКП-а).

Почетак рока за наступање могућности суђења у присуству окривљеног, претходно осуђеног у одсуству, поклапа се са моментом лишења слободе. У осталим ситуацијама, када се осуђени добровољно јави суду, с иницијативом за понављање кривичног поступка, питање рока *de facto* је ирелевантно. Неопходно је да осуђени у пуном опсегу постане доступан суду. Стога, понављање кривичног поступка није могуће, ако је окривљени захтев за понављање кривичног поступка упутио из иностранства.⁸

За понављање кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног, није неопходно да је донета пресуда постала правноснажна. Међутим, у судској пракси било је случајева одбацивања захтева за понављање кривичног поступка услед преурањеног захтева, поднетог пре правноснажности пресуде донете у контумацијском поступку (*Vasiljević et al., 2005: 733*). Доношење решења о овом случају понављања кривичног, није у функционалној надлежности суда правног лека. Уколико би захтев за понављање био поднет у поступку по жалби, поступак би требало обуставити и вратити предмет првостепеном суду који ће одлучити о поднетом захтеву. Логика налаже, да би, у овој ситуацији, окривљени могао сачекати окончање поступка по жалби, а потом иницирати понављање кривичног поступка.

Уколико установи да је захтев за понављање основан, суд, који је у првом степену судио у одсуству окривљеног, решењем дозвољава понављање кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног. Након правноснажности овог решења, обуставиће се извршење казне, али се, на иницијативу јавног тужиоца, може одредити притвор. Дозвољавајући понављање кривичног поступка, суд је обавезан да окривљеном достави оптужницу, као окосницу наступајућег суђења. Међутим, суд може одлучити и да се решавање кривичне ствари врати у фазу истраге,

⁸ Одлука Окружног суда у Београду, Кв. 1175/78, од 26. 10. 1978. године

прекинуте бекством окривљеног. Спроведена истрага, притом, може резултирати подизањем оптужнице, којом ће се иницирати нови главни претрес, али и обуставом кривичног поступка у овој фази. Обустављена истрага у поновљеном кривичном поступку за последицу има укидање пресуде, донете у одсуству окривљеног.

Поставља се питање, да ли наступање апсолутне застарелости кривичног гоњења може онемогућити понављање кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног. Током времена, став судске праксе и правне доктрине по овом питању био је различит. У ранијем периоду, када се кривични поступак могао поновити и на штету осуђеног, различит је био и утицај апсолутне застарелости на могућност понављања кривичног поступка, с обзиром на чињеницу у чијем се интересу подносио захтев за понављање кривичног поступка. Стога се у раније важећим законским текстовима изричито прописивало да се захтев за понављање кривичног поступка у корист осуђеног може поднети без обзира на застарелост кривичног гоњења. Позитивно право предвиђа могућност подношења захтева за понављање кривичног поступка, и у случају да је наступила застарелост (чл. 471. ст. 2. ЗКП-а).

Чињенично утемељење става судске праксе да је за подношење захтева за понављање кривичног поступка, правноснажно окончаног у одсуству окривљеног, ирелевантно наступање апсолутне застарелости кривичног гоњења, огледа се у околности да се у овом поступку не иницира ново кривично гоњење. Оно је окончано правноснажном пресудом, донетом у одсуству окривљеног. Понављање кривичног поступка у моменту наступања доступности окривљеног (осуђеног), и то на његову иницијативу, представља чин преиспитивања чињеничне утемељености правноснажне пресуде. Пошто је неспорно да је овај вид понављања кривичног поступка могућ искључиво у корист осуђеног (укључујући и ранији нормативни оквир, који је дозвољавао понављање и на штету осуђеног), јасно је да би евентуална апсолутна застарелост кривичног гоњења била ирелевантна. Супротан приступ судске праксе, према коме је пропуштање законодавца да изричито пропише да се захтев за понављање кривичног поступка окончаног у одсуству може поднети, без обзира на застарелост, значи да наступање апсолутне застарелости гоњења може онемогућити понављање контумационог поступка (*Стојановић 1985: 750-751*).

Овај став лишен је логичког утемељења. Наиме, немогуће је објаснити околност, да се неспорна, законом регулисана ирелевантност дејства апсолутне застарелости кривичног гоњења на могућност подношења захтева за понављање кривичног поступка (условно речено, на основни

вид поступка иницираног овим ванредним правним леком), не може аналогно примењивати и на могућност понављања поступка окончаног у одсуству окривљеног. Поготово, стога, што је понављање контумацијски вођеног поступка могуће, по природи ствари, искључиво у корист осуђеног. Иначе, могућност понављања кривичног поступка искључиво у корист окривљеног (осуђеног) представља очигледну процесну концесију ове кривичнопроцесне странке, која спада у тзв. *favor defensionis*. (Кнежевић, 2009:647-660).

Приликом изрицања нове пресуде, донете у кривичном поступку поновљеном у присуству окривљеног, суд је везан забраном *reformatio in peius*. То значи, да се у односу на кривичну санкцију и правну квалификацију кривичног дела, садржаним у пресуди донетој у одсуству, не може погоршати позиција окривљеног (Кнежевић, 2006:903). Против новодонете пресуде могуће је изјављивање редовних и ванредних правних лекова, укључујући и подношење захтева за понављање кривичног поступка.

8. Закључак

Постулати правичног суђења могу бити ограничени предвиђањем изузетне могућности суђења без физичког присуства окривљеног. Контумацијски поступак има легитимитет и легалност, све док не анулира могућност накнадног укључивања окривљеног у кривични поступак. Јуриспруденција Европског суда за људска права налаже постојање институционалних механизма за поновно разматрање случаја, којим се може ануларати одлука донета у одсуству окривљеног.

Законик о кривичном поступку Србије поштује међународноправне стандарде суђења у одсуству окривљеног, предвиђене међународноправном регламентацијом, искристалисане праксом Европског суда за људска права. Потпуној компатибилности законске регулативе допринела би експлицитна норма о могућности суђења у одсуству одбеглог окривљеног и у скраћеном кривичном поступку. Иначе, адекватан процесни механизам за преиспитивање чињеничне и правне утемељености правноснажне пресуде, произашле из суђења у одсуству окривљеног, заокружио би се јасним законским одређењем ирелевантности застарелости гоњења на могућност иницирања понављања кривичног поступка, окончаног у одсуству окривљеног (осуђеног).

Литература

Васиљевић, Т., Грубач, М. (2005). Коментар Законика о кривичном поступку, десето измењено и допуњено издање. Београд: Јустинијан

Вуковић, С. (2002). Коментар Законика о кривичном поступку са судском праксом, регистром појмова и обрасцима. Београд: Пословни биро Доо

Грубач, М. (2009). Кривично процесно право. Београд: Службени гласник

Klerks, A. (2008). Tilburg University, LLM International and European Public Law Master Thesis, ANR 908200, site: www.icsforum.org/library, приступ 14. 02. 2014.

Кнежевић, С. (2006). Забрана *reformatio in reus* у кривичном поступку. Правни живот, тематски број, Право и хумана будућност. бр 10. стр. 899-909

Кнежевић, С. (2009). „Преимућства одбране“ у поступцима преиспитивања правоснажне пресуде. Правни живот, тематски број, Право и време. бр. 9. стр. 647-661

Marcus, P., Whitebread C. (2008). Criminal Procedure, seventeenth edition. Chicago: Thomson West

Марковић, Б. (1937). Уџбеник судског кривичног поступка. Београд: Геца Кон

Перић, О. (2005). Коментар Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Београд: Службени гласник

Радуловић, Д. (1981). О суђењу у одсуству окривљеног у кривичном поступку. Зборник Правног факултета у Мостару. бр 2-3. стр. 131-148

Starigyn, S., Selth, J. (2005). Cambodia and the Right to Present: Trials in Absentia in the Draft Criminal Procedure Code. Singapore Journal of Legal Studies. J.L.S. 170. p. 170-188.

Стојановић, С. (1985). Понављање кривичног гоњења осуђеном у одсуству и апсолутна застарелост кривичног гоњења. Правни живот. бр. 6-7. стр. 750-761.

Saša Knežević, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

TRIAL IN *ABSENTIA*

Summary

The active participation of parties and other procedural subjects in trial proceedings is essential for the exercise of the principle of immediacy. The presence of parties and other subjects in the presentation of evidence is essential in the process of fact-finding and deciding on the admissibility of evidence, either by hearing testimonies or examining the presented material evidence.

The international instruments on human rights' protection promote the right of the defendant to participate in the proceedings involving charges raised against him/her. Although the defendant's testimony is primarily used as a tool for the effective operation of the defense, legislations do not refute this highly important source of evidence. The defendant's presence in trial is highly important for the exercise of the immediacy principle and other basic procedural principles. The process of determining the factual grounds is further aggravated if the parties are not present in court proceedings. Consequently, legislations provide a wide range of measures to ensure the defendant's presence in criminal proceedings.

The Serbian Criminal Procedure Act provides the instruments for securing the presence of parties in criminal proceedings. It is particularly important to ensure the presence of the defendant in the central stage of the criminal proceedings. Yet, there are sometimes significant criminal and political reasons for the defendant to be tried in *absentia*, which implies a divergence from some important procedural principles. The presentation of evidence and fact-finding may ensue even without the defendant's physical presence in the proceedings in case of the defendant's default (failure to appear) in summary proceedings and in case where the defendant is a fugitive from justice or unavailable to public authorities (either in summary or in regular trial proceedings). Trial *in absentia* is not allowed in trials involving minors.

Keywords: immediacy, trial in *absentia*, defendant, trial, minors, re-trial.