

Лука Бренеселовић,
студент III године Правног факултета
Универзитета у Београду

ИЗУЗЕЋЕ СУДИЈЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Институт изузећа судије обрађен је кроз теоријски и двоструки практични приступ. Критички је анализирано решење у важећем ЗКП-у, а нарочито темељно решење које садржи нови Законик о кривичном поступку, који ће се примењивати од 1. јуна 2007. године. Објашњено је зашто код нас не постоји институт искључења судије, те које недоследности у вези с тим постоје у законодавству. Осим што су анализирани обавезни основи за изузеће, као и знатна новина коју је законодавац предвидео у новом ЗКП-у прописујући да се судија изузима када „постоје околности које могу изазвати сумњу у његову непристрасност“, пажња је посвећена и новој процедури за изузеће.

Кључне речи: *Изузеће судије. – Кривични поступак. – Нови Законик о кривичном поступку Србије.*

I. ОСНОВНА РАЗМАТРАЊА

Изузеће судије је на први поглед једноставан институт. То је због тога што се одлуком да се неки судија изузме ничије право не може повредити, а, с друге стране, таквом одлуком се реализује право окривљеног на фер суђење. Отуд су најтежи проблеми око изузећа практично везани за питање када судија не треба да буде изузет, а не када се може изузети. Најлакше би било изузети судију увек када захтев за његово изузеће постоји. Најлакше, али не и исправно. Овде ће управо бити речи о томе шта се може највероватније сматрати исправним.

Због ограниченог простора изостављен је део рада о надзаконским гарантима – новом Уставу наше Републике и, нарочито, Европској конвенцији о људским правима и пракси Суда у Стразбуру. Тај уставни и стразбуршки аспект посебно је важан и биће важан за живот одредбе о факултативном изузећу у новом ЗКП-у.

1. Изузеће и начела кривичног поступка

Изузеће судије није само ствар учесника у поступку и њихових интереса. Кривични поступак мора бити такав да обезбеђује правни ред и мир. Један од основних његових елемената је поверење у правосудни систем. Непристрасност и изузеће, нарочито у случајевима када је оно доведено у питање, основни је услов постојања или непостојања таквог поверења.

Ако се жели да судија у поступку утврди истину, онда се то може постићи или тако што ће се судијска одлука *строго* везати за одређен законом прописан чињенични скуп (и тиме судија свести на поштеног констататора) или тако што ће се осигурати пуна непристрасност судије.

Како се строгим везивањем за формално доказивање тешко може у конкретном случају доказати било шта друго осим да одређене чињенице постоје (што су стара права решавала кроз „заклетву“, „целивање тела“ – љубљење леша и остале формалне доказе), прави задатак заједнице (државе) је да обезбеди непристрасност судије. Тај задатак почиње да се остварује већ избором судија, још више долази до изражаја при избору судија у виши суд, а у сваком конкретном случају испуњава се кроз институт изузећа судије.

Непристрасност је комплексан појам, али није „празан израз“. Могуће је дати једно колико-толико корисно одређење. Ако судија своје уверење заснива на закону и на чињеницама из случаја које су релевантне за примену закона, онда је он непристрасан. Очигледно није могуће избећи барем један вредносни суд, а то је „релевантна чињеница“. У ствари, ако следимо вредносну јуриспруденцију, коју је у другој половини двадесетог века етаблирао *Larenz*, читав поступак примене права – као и правничко резоновање уопште – исткан је из поступака вредновања. То значи да је нужно увести категорију *објективног вредновања*. У пракси то подразумева да је судија слободан у свом уверењу утолико што на њега недозвољен утицај не сме вршити нико и ништа, тако да само његово слободно уверење мора створити објективан суд. Зато се и говори о објективизацији слободне оцене доказа.¹ Изузеће судије је институт којим се у *конкретном случају* спречава да одлуку донесе судија чија је непристрасност у мањој или већој мери доведена у сумњу.

2. Изузеће и слични институти (*iudex incipax*)

Судија или судија – поротник је апсолутно јавноправно неспособан да обавља судијску дужност, ако не испуњава формалне усло-

¹ Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, München 1998²⁵, § 15, 13. и сл.

ве одређене јавноправним прописима који морају бити остварени да би се неко могао бавити судијском делатношћу или судијском делатношћу у одређеној врсти поступака.² Ако се такав судија удаљи, то није изузеће у техничком смислу – изузеће се увек односи на неку конкретну околност у одређеном поступку. Мада овде неће бити речи о установи изузећа јавног тужиоца, његових заменика, записничара, тумача, стручних лица и вештака, као и службеног лица полиције, неки закључци до којих ће се овде доћи могу бити корисни и за примену тих института.

3. Терминологија

И стари и нови ЗКП предвиђају како за обавезно, тако и за факултативно изузеће, један назив: *изузеће*. То је један од оних, иначе ретких случајева, код којих се са ономасиолошког становишта чини да постоје подједнако добри аргументи за и против два назива.

Чини се да би најбоље било рећи да је изузеће општији појам, а да је факултативно изузеће „одбијање“. Израз *искључење*, који познаје и наша предратна правна наука, није употребљив за наше позитивноправно решење. Искључење претпоставља већи степен аутоматизма, о чему ће бити речи касније.

4. Стари и нови ЗКП

Овај рад није само, па чак ни претежно, теоријског карактера. Његов главни део је анализа позитивноправних решења у нашој земљи. То, међутим, у овом тренутку значи да је неопходно обрадити прописе, како из тренутно важећег *Законика о кривичном поступку* (даље: нЗКП),³ који би требало да престане да се примењује 1. јуна 2007. године, тако и новог *Законика о кривичном поступку* (даље: сЗКП),⁴ који тада треба да почне да се примењује.

II. РАЗЛОЗИ ЗА ИЗУЗЕЋЕ

Ако се жели да пресуду доноси непристрасан судија, мора се елиминисати судија који је пристрасан. За појмовне јуриспруденте тај проблем је био готово излишан, јер су сматрали да је процес примене права само исписивање у пресуду по правилима строге логике изведеног закључка да ситуација А потпада под норму која

² Васиљевић, Т. – Грубач, М., *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2005¹⁰, 40, 1–2.

³ *Службени лист СРЈ*, 70/01, 68/02; *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05.

⁴ *Службени гласник РС*, 46/06.

обухвата ситуацију А, Б, В, итд. Но, показало се да је племенита идеја да судија буде логички аутомат промашена. Законодавац полази од тога да је судија човек и, познајући људску природу, издваја оне ситуације у којима сматра да постоји могућност да судија неће бити потпуно непристрасан. Штавише, он полази од тога да одређене чињенице, по правилу, макар и нехотице, могу да воде пристрасном односу према случају и за такве ситуације предвиђа *обавезно изузеће*. Али, увек постоји низ ситуација које у конкретном случају могу указивати на то да је непристрасност доведена у питање, које нису обухваћене иначе, по природи ствари, таксативно одређеним разлозима за обавезно изузеће. У таквим случајевима законодавац предвиђа могућност да судија буде изузет – *факултативно изузеће*.

Код нас не постоји искључење судије, како неки аутори мисле.⁵ У неким случајевима суд одлучује о подобности чињеница да доведу у питање пристрасност судије (факултативно изузеће), док у другим он мора, када постоје одређене чињенице, да изузме судију (обавезно изузеће). Ипак, то није искључење. Суштина искључења је у томе да када постоји основ, судија мора бити *ex lege* изузет. Искључење познаје, на пример, немачко право,⁶ као и конструкција наше предратне правне науке.⁷ У нашем праву данас постоје само обавезни и факултативни основи за изузеће, односно обавезно и факултативно изузеће.

1. Обавезно изузеће

У случајевима за које прописује обавезно изузеће, законодавац то, пре свега, чини зато што сматра да је велика вероватноћа да ће непристрасност судије бити пољуљана. Поред тога, прописивање одређених чињеница на које се мора надовезати изузеће има следеће мање-више повољне практичне последице:

– лице које би иначе подносило захтев, не мора да предузима ништа да би сазнало за постојање разлога. Судија, који то најбоље може знати, сам треба да поднесе иницијативу. На обавезне основе мотри и председник већа;

– учесници се не доводе у ситуацију да навуку „мржњу суда“ на себе;

⁵ Нпр. Васиљевић, *Коментар ЗКП*, Београд 1977, 39, 4; Божиловић-Петровић, Г., *Изузеће судије као право окривљеног у кривичном поступку*, ПЖ 2005/9, 808. Уп. и Закон о парничном поступку, *Службени гласник РС*, 125/04 (члан 68 и др.)

⁶ Упор. Roxin, С., *op. cit.*, § 9, 1.

⁷ В. Чубински, М., *Научни и практични коментар законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 16. фебруара 1929. године*, Београд 1929, 116 и сл.

– коначно, сигурно има судија који би без обзира на наведне чињенице остали непристрасни, али би то могло да води приватним сукобима и рушењу иначе добрих веза између судије и лица са којим постоји објективан однос, због кога је његова непристрасност у питању. Обавезним изузећем спречавају се и такве ситуације, а ред, вансудски ред и мир је, поред императива да се утврди кривица кривих и да невини остану невини, трећа основна функција кривичног поступка. Јасно је да ако су, на пример, и оштећени и оптужени браћа судије, постоји основ да се судија изузме, иако се ти односи кудикамо потиру.

1. 1. Обавезно изузеће у нашем праву

Прописи о изузећу садржани су у члану 40. сЗКП а члану 39. нЗКП. Управо у погледу тих одредби, обавезни основи за изузеће могу се поделити у три категорије:

а. Судија је *сам оштећен* кривичним делом окривљеног (тач. 1. сЗКП и тач. 1. нЗКП);

б. Судија је у одређеном блиском *породичном односу* са неким од учесника у поступку – окривљеним, његовим браниоцем, тужиоцем, оштећеним, законским заступником или пуномоћником неког од тих лица (тач. 2 . и 3. сЗКП и тач. 2–4. нЗКП);

в. Судија је већ учествовао у одређеном процесном својству у истом предмету (тач. 4–5. сЗКП, 5–6. нЗКП).

Како нови ЗКП само проширује основе у односу на решење у старом ЗКП, анализираћемо његово решење, уз напомену који основи не постоје у старом, али још увек важећем ЗКП.

1.1.1. Судија је сам оштећен кривичним делом окривљеног (члан 39. тач. 1. нЗКП)

Ова ситуација у већини случајева не захтева посебан коментар. Када је судија оштећен радњом окривљеног, која се квалификује као кривично дело у поступку у коме пресуђује, изузеће је обавезно.

Судија мора бити *непосредно* оштећен кривичним делом оштећеног. Ову одредбу ЗКП не треба схватити ни преуско ни прешироко. Прешироко је схватање по коме је довољно да је судија повређен од оштећеног ма када и ма чиме, или чак да је оштећен неко од његових ближњих. Али, с друге стране, упркос законском тексту, суштина није у томе да ли је судија био објекат кривичног дела о коме се суди, већ да ли је оштећен *радњом* за коју у поступку треба да оцени да ли је кривично дело или не. Тако се мора изузети и судија који је претрпео душевни бол услед метка који је пролетео поред њега и убио неког другог човека, ако у том предмету суди лицу које је метак испалило (чак и онда када се тај бол учиниоцу не може објективно урачунати).

Ретко, само у одређеним ситуацијама, довољно је да радња која је *непосредно* повредила судију чини логичку односно животну целину са радњом која је предмет суђења. На пример, обавезно мора бити изузет судија кога је окривљени опсовао непосредно пре или након што је опсовао приватног тужиоца. Све би то одговарало стицајном појму „природног јединства радње“ материјалног кривичног права,⁸ што није баш исто што и процесни појам кривичног дела у смислу предмета кривичног поступка, што произлази већ из тога да се тај појам испуњава садржајем из другачијег угла. У осталим случајевима може постојати разлог за факултативно изузеће.

1.1.2. Судија је у одређеном блиском *породичном односу* са неким од учесника у поступку – окривљеним, његовим браниоцем, тужиоцем, оштећеним, законским заступником или пуномоћником неког од тих лица (тач. 2–4).

С једне стране су окривљени, његов бранилац, тужилац и оштећени. Судија не може бити ниједном од тих лица брачни друг, бивши брачни друг или сродник по крви у правој линији до било ког степена, у побочној линији до четвртог степена, а по тазбини до другог степена. Исто важи и уколико постоји један од наведених породичних односа између судије и законског заступника или пуномоћника било ког од наведених лица.

Тазбинско сродство, према владајућем мишљењу, код нас не престаје разводом брака којим је установљено нити престанком брака услед смрти. Како наши породичноправни прописи више не познају непостојећи брак, а ниједно поништење нема ретроактивно дејство већ делују *ex nunc*, питање је да ли се код нас једном успостављено тазбинско сродство (дакле, и ништавим браком) уопште може прекинути? Ми мислимо да би суд, кад заузима мишљање у решењу о поништењу, најпре морао да решава о томе од случаја до случаја, али за тако нешто нема законског упоришта. Са становишта института изузећа судије, било би сврсисходно сматрати и да је обавезан основ за изузеће како постојеће, тако и тазбинско сродство које је постојало, како то предвиђа члан 22. немачког Закона о кривичном поступку (*Strafprozessordnung – StPO*⁹). Нови, као ни стари ЗКП, не помиње ванбрачну заједницу, иако је она у важећем Породичном закону – даље ПЗ¹⁰ – (члан 4) у међувремену потпуно изједначена са брачном. По нашем мишљењу, као и однос момак-девојка, ванбрачна заједница (тим пре што ју је тешко разграничити од обичног

⁸ Roxin, C., *Strafrecht – Allgemeiner Teil II*, München 2003, § 33, 29. и сл.; Стојановић, З., *Кривично право – општи део*, Београд 2005¹¹, 220 (фн. 216).

⁹ Последња верзија од 7. априла 1987. (*Bundesgesetzblatt I*, 1074) са последњом изменом 12. августа 2005. (*BGBI. I*, 2360).

¹⁰ *Службени гласник РС*, бр. 18/05.

односа) треба да се узме као основ за факултативно изузеће, како се не би нарушила строга и чиста енумерација законодавца. Иако наш поредак не познаје посебну регулацију хомосекуалних заједница, то не значи да он чињеницу постојања таквих једнополних заједница игнорише – и то је основ за факултативно изузеће.

Новина је што лица у поступку не могу бити судији, односно он њима, кум. И то не само та лица, већ и пуномоћник оштећеног, оштећеног као тужиоца или оштећеног као приватног тужиоца (члан 39, тачка 3. нЗКП). То се односи како на венчано, тако и на кумство по крштењу, и то, иако је законска формулација неспретна,¹¹ било за случај да је неко од тих лица крстило судију, било обрнуто, било да је било ко од њих крстио судијину децу или, обрнуто, судија крстио њихову. Децом у смислу ове одредбе се сматрају и усвојена деца.

Кумство по крштењу као основ за обавезно изузеће било је предвиђено и нашим предратним правом (члан 28, став 3. Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије – даље: ЗСКП). Наши породичноправни прописи релевантни за закључење брака израз кум, па ни установу кумства, не познају. Па ипак, чињеница је да се у нашем народу сведоци на грађанском венчању схватају као кумови и да се на тај начин људи „окумљују“. Да је то тако, најбоље се види из тога што наша пракса (по нама, дубоко неисправно и противправно) дозвољава „сведоцима“ да пошаљу на венчање своје пуномоћнике, а то не би имало никакве логике када би се функција „сведока“ сводила на сведочење. Дакле, сведоци на грађанском венчању јесу кумови у смислу члана 40, тачке 3. нЗКПа, и то чак и онда када су као кумови у цркви позвани други људи. С друге стране, кумство од куће до куће захвата и ближу или чак даљу родбину, а понекад само окумљене. Такво секундарно кумство може бити само основ за факултативно изузеће судије.

Како наше право познаје још неке породичноправне институте који претпостављају (у неким елементима) сличну везу, а у неким случајевима и јесу у пуном смислу замена за природно заснован однос, онда је обавезан основ за изузеће и када између окривљеног, његовог браниоца, тужиоца или оштећеног и судије постоји однос у коме је једно од тих лица другом старатељ, усвојитељ или хранитељ (тачка 4).

За ове односе релевантне су одредбе Породичног закона (члан 88. и даље), затим неважећег Закона о браку и породичним односима, као и наших старијих закона и закона страних држава на основу

¹¹ „...ко је од окривљеног, односно његовог браниоца, тужиоца, или оштећеног, односно пуномоћника оштећеног, оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца, био крштен, односно ако је који од њих другоме децу крштавао“ (члан 39, тачка 3. нЗКП).

којих су побројани односи засновани. Ако је судија са неким од наведених лица у природном крвном сродству које је замењено адоптивним сродством са трећим лицем и то се зна, то мора бити обавезни разлог за изузеће. На пример, ако је судија природни отац окривљеног који је као мали дат на усвајање, и то се зна, вероватноћа да је непристрасност доведена у питање је огромна, па то, свакако, мора бити обавезни основ за изузеће. Породични закон не познаје више установу полуусвојења, али и сви случајеви полуусвојења (било према ранијем, било према страном законодавству) спадају овде. Ако окривљени у оквиру периода прилагођавања борави или је боравио у породици судије (према члану 318. Породичног закона), а акт о усвојењу из било ког разлога није донет, то је разлог за факултативно изузеће.

Интересантан је и софистициран став наше судске праксе да је поступак кроз све степене јединствен. „У већу у коме се одлучивало о жалбама изјављеним против првостепене пресуде учествовао је и судија чији је син заступао оптужницу општинског јавног тужиоца... Кривични поступак, првостепени и другостепени, се сматрају једном целином. Зато одредба члана 39. ЗКП о изузећу судије од судске дужности мора бити поштована и када се у истом поступку, али пред другостепеним судом, стекну услови прописани у том члану“.¹²

Неки аутори наводе да, ако судија не може пресуђивати блиском сроднику, онда тек не сме пресуђивати сам себи, односно бити у исто време и окривљени и судија. Тај случај је толико куриозитетан, да је готово незамислив у савременом друштву, али се догодио код нас пре свега неколико година.¹³ Слажемо се са Врховним судом и са Божиловић-Петровићевом да је то факултативни основ за изузеће,¹⁴ али наглашавамо да решење ове интересантне констелације зависи од извора права које поредак признаје.

1.1.3. Судија је већ *раније поступао* у одређеном процесном својству у истом предмету (тач. 5–6).

а. Обавезно се мора изузети судија који је у истом кривичном предмету учествовао у поступку као судија, тужилац, бранилац, законски заступник или пуномоћник оштећеног, односно тужиоца. Осим тога, биће изузет и судија који је, у истом кривичном предмету, „вршио доказне радње“ (члан 39, тач. 5. нЗКП).

Било би пожељно да обавезно буде изузет и судија који је учествовао, на пример, раније у поступку против извршиоца, а сада

¹² Пресуда Врховног суда Србије (даље: ВСС), Кзз. 27/97 од 29.VIII.1997; Симић, И., *Збирка судских одлука III*, Београд 2000, с. 212 (бр. 375).

¹³ Решење ВСС Кж. 168/03; Симић, И. – Трешњев, А., *Збирка судских одлука I*, Београд 2004, 194 (бр. 324).

¹⁴ Божиловић-Петровић, Г., *op. cit.*, 819.

против подстрекача,¹⁵ не зато што је тако целисходно, већ зато што ту постоји један предмет у процесноправном смислу.

Предвиђено је да ће судија бити изузет ако је у истом предмету „учествовао у поступку као судија“. Таквим новим решењем постају излишне дискусије око многих ситуација у којима се раније није знало да ли судију треба изузети.¹⁶ Сада ће, кад је већ у истом предмету поступао, судија увек бити изузет. Није, међутим, кључно да је поступао у својству судије, већ *да је вршио судијску функцију*. Тако се не може обавезно изузимати судија који је продужио или одредио притвор.¹⁷ Када је реч о „доказним радњама“, потребно је да их је судија *вршио*, а не само да их је наредио или одобрио. Ако се, пак, може тврдити да је одређивао доказне радње или притвор из неких разлога који немају везе са истрагом, може се захтевати факултативно изузеће.

Не може се прихватити став Васиљевића и Грубача да у другој инстанци може одлучивати судија „који је учествовао у суђењу неке грађанске парнице истих странака која је потицала из истог основа“.¹⁸ Грађанскоправни суд почива на идеји намирења, а кривични на идеји превенције. Судија, који је донео грађанскоправну пресуду, би врло лако могао да буде заведен њоме, а нарочито грађанскоправним појмом кривице. Ово тим пре од када је и код нас у кривичном праву усвојена нормативна концепција кривице, која је страна грађанском праву, што је случај не само код нас, већ скоро свугде у свету. Друго и кључно, у грађанском парничном поступку се утврђује формална истина – дакле, истина на основу оног што странке изложе. Зато је јасно да судија може имати предрасуде засноване на таквој истини.

Стари ЗКП познаје идентичну одредбу, али уз две разлике: уместо „доказне“ стоји „истражне радње“ (члан 40, тачка 4). Друга разлика је у томе што стари ЗКП не наводи да ће судија бити изузет, ако је у истом предмету „учествовао у поступку као судија“.

б. Обавезно се мора изузети судија који је поводом истог кривичног предмета „саслушан као сведок или као вештак“ (тачка 5).

Закон је јасан. Није довољно да је судија био само позван да сведочи, него је потребно да је заиста сведочио, односно дао свој исказ као сведок. И обрнуто, није битно како је сведочио. Исто важи као под

¹⁵ Уп. Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, § 9, 3.

¹⁶ Уп. Васиљевић, Т., *op. cit.*, 39, 30–39; Васиљевић, Т. – Грубач, М., *op. cit.*, 40, 35 и сл.

¹⁷ Тако и ОкС Београд, в. Симић, И., Збирка судских одлука II, Београд 1998, 197 (бр. 393).

¹⁸ Васиљевић, Т., *op. cit.*, 39, 35; Васиљевић, Т. – Грубач, М., *op. cit.*, 40, 42.

а, изузет мора бити и судија који је, на пример, већ раније поводом истог дела сведочио или био вештак у поступку против извршиоца.

Мора бити изузет и сваки судија који у формалноправном смислу није саслушан као сведок, али је био стављен у ситуацију, која по објективним карактеристикама или унутрашњем доживљају, одговара саслушању. Ту спадају, на пример, све врсте неформалних испитивања, па и „пријатељски ручак“. То је зато што код овог основа није кључно то што је судија сведок (очевитац) предмета у коме поступа, већ што је доведен у ситуацију да одређене чињенице супротстави свом исказу за који, на основу начина на који га је дао, осећа да га на одређен начин обавезује. Осим тога, водећи *ratio* решења – и код сведочења и код вештачења – лежи у жељи законодавца да судија доноси своју одлуку након комплетног увида у читаву ствар, а сваки исказ о објективном подразумева субјективно схватање тог објективног.

Ако је судија пред судом давао службене изјаве у претходном поступку, оне могу бити разлог за изузеће само ако се изјашњавао о кривици. Изјаве о одређеним процесним питањима, као што су оне о роковима, могућности улагања жалбе и слично, нису обавезан основ за изузеће. Не може бити основ за обавезно изузеће ни службена информација судије-поротника, коју је дао у својству запосленог у установи у којој иначе ради или је радио. На пример, не треба изузети судију-поротника који је у својству шефа железничке станице полицији на захтев ставио на увид листу долазака и полазака возова, која је искоришћена у предмету у коме сада шеф станице као судија-поротник суди.¹⁹

в. Коначно, нови ЗКП у тачки 6. предвиђа да се обавезно мора изузети судија „ако је у истом предмету учествовао у поступку пред нижим судом или ако је у истом суду учествовао у доношењу одлуке којом се побија жалбом“ (тачка 6).

Чини се да је ова одредба механички преписана из старог ЗКП, где у члану 40, тачка 5. стоји идентичан пропис. Она у новом ЗКП нема никакав смисао, нити га треба по сваку цену тражити, већ треба апеловати на законодавца да је укине, јер је у истом члану у тачки 5. јасно предвиђено да ће судија бити изузет ако је у истом предмету „учествовао у поступку као судија“.

1. 2. Обавезни основи и аналогија

На први поглед изгледа целисходно да се у многим случајевима примени аналогија на одредбе о обавезним основима за изузеће

¹⁹ Schmid, W., *Richterausschluss durch dienstliche Äußerungen*, Goldammer's Archiv für Strafrecht 80, 285.

судије из члана 39, тач. 1–6. нЗКП. Ванбрачна заједница, вереништво (у праву које тај институт познаје), судија као полицајац у претходном поступку, све су то ситуације које су врло блиске онима из тач. 1–6. и за које изгледа да је разумно применити исти пропис. Тако је и кад је судија оштећен неким другим кривичним делом окривљеног или неким (противзаконитим) управним актом или чињењем из кога произлази обавеза накнаде штете. Међутим, пошто би сви такви замисливи случајеви могли увек да се схвате као основ за факултативно изузеће, код основа за обавезно изузеће пре би требало доћи до *argumentum a contrario* него до аналогije.²⁰ Све што изричито није предвиђено у тач. 1–6. као обавезан основ, може се истаћи у захтеву само као факултативни основ. О овоме ће бити још речи.

1. 3. Разлика у односу на стари ЗКП

Нови ЗКП међу основе за обавезно изузеће додаје кумство, и то и венчано и по крштењу, а тај основ је био предвиђен у нашем предратном праву.²¹ Осим тога, у складу са новом концепцијом поступка извршена је мања измена – не говори се више о истражним, већ о доказним радњама. Највећа разлика лежи, међутим, у томе што је обавезан основ за изузеће било које претходно поступање судије у том својству у истом кривичном предмету, док је по старом ЗКП (члан 40, тачка 6) предвиђено да ће обавезно бити изузет само судија који је „у истом предмету учествовао у доношењу одлуке нижег суда или ако је у истом суду учествовао у доношењу одлуке која се побија жалбом“. Та недвосмислена корекција заслужује похвалу – не толико због резултата, колико због елиминације разних спорних ситуација.

2. Факултативно изузеће

Обавезни основи за изузеће су они на које се, кад се утврди да постоје, мора надовезати изузеће. Ако је судија ожењен оштећеном, то је разлог због кога неће моћи да суди. Како код таквих основа није потребно да је испуњен ниједан други услов, они су уједно и разлози. Сваки обавезан основ је разлог за обавезно изузеће. С друге стране, факултативни основи су разлог за изузеће само кад је испуњен још неки законом прописан услов. Тај услов ће, по правилу, бити суд који законодавац код обавезних основа претпоставља, а то је да је судијина непристрасност због тих околности или судећи по њима доведена у питање.

²⁰ Roxin, С., *Strafverfahrensrecht*, § 9, 5.

²¹ В. Чубински, М., *Научни и практични коментар ЗСКП*, Београд 1929, 118.

2. 1. Праг изузећа – осетљивост на основе

По важећим кривичнопроцесним прописима, судија или судија-поротник не може вршити судијску дужност „ако постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност“ (члан 40. сЗКП). То значи да ако кумулативно постоје (1) одређене околности („основ“) и (2) те околности изазивају сумњу у судијину непристрасност, постоји *разлог* за изузеће. Тај разлог је сам по себи обавезан колико и остали разлози из тач. 1–5. истог члана.

Код факултативног изузећа се не поставља само питање да ли одређене чињенице постоје, већ је потребно и да оне стварају некакву сумњу у непристрасност судије. Може се тражити мања или већа сумња или, пак, само да су, рационално сагледано, те чињенице *подобне да* изазову сумњу. То је ствар прага изузећа или осетљивости на основе. Да ли ће у конкретном случају факултативног изузимања судија бити изузет, не зависи – као код обавезног изузећа – само од основа, већ и од оцене надлежног органа тих чињеница као индикатора непристрасности односно оквира непристраности. Негде ће се тражити да те чињенице или стварају озбиљну сумњу, или стварају некакву сумњу, а негде само да могу да створе сумњу. Идеји правне државе и начелу фер поступка одговара само ова последња солуција.

У нашем садашњем правном систему постоји законско упуриште за релативно висок праг изузећа, односно ниску осетљивост на основе за изузеће. То је зато што члан 40. сЗКП предвиђа да ће судија бити факултативно изузет „ако постоје околности које изазивају сумњу у његову непристрасност“. Управо измена ове одредбе је, чини се, главна новина коју нови ЗКП доноси у овој материји, мада је још раније наша правна наука захтевала да се судија изузме „у сваком оном случају где има иоле основа за сумњу“.²² Нови ЗКП захтева да је за факултативно изузеће судије потребно да „постоје околности које *могу* изазвати сумњу у његову непристрасност“ (члан 39), а то је од мисли до мисли решење садржано у члану 24. немачког Закона о кривичном поступку, где стоји: „због бриге за непристрасност, [судија] ће се изузети када постоји основ који је подобан да оправда неповерење у његову непристрасност“. Наш законодавац, дакле, очигледно жели да праг буде нижи него до сад, а онакав какав постоји у немачком кривичном поступку.

2. 2. Конкретни факултативни основи

Наша судска пракса је, свакако, имала да одлучи о најразличитијим основима за факултативно изузеће. Основа за факултати-

²² Петрић, Б., *Коментар Закона о кривичном поступку*, Шид 1982, 90 (XVIII, 4).

вно изузеће има две врсте. Постоје они који су индиција да судија већ има мање-више коначно мишљење, иако главна расправа није окончана, нису сви сведоци саслушани, итд. С друге стране, постоје они који су индиција да се судија не руководи или неће руководити само релевантним чињеницама, него и другим ирелевантним околностима за суд о кривици и санкцији. И у једном и у другом случају он је подједнако пристрасан. У првом је везан за непотпуну истину, у другом за неистину.

Како је по новом ЗКП осетљивост на основе за изузеће већа, навешћемо разне позитивно решене реалне примере из немачке судске праксе, која је изграђена према законском решењу које је садржајно идентично нашем. Тиме ћемо покушати да створимо општу смерницу за будућу примену члана 39, тачка 7. Биће јасно да и наши судови морају постати осетљивији.

Становиште немачких судова је било да разлог за изузеће судије постоји када судија критикује одбијање да сведочи лица које има на то право, када судија забрани окривљеном који користи право да ћути или да поставља питања, када судија тврди пре главне расправе у медијима нешто што још није доказано, када пре главне расправе стави адвокату окривљеног до знања да је осуђујућа пресуда извесна, када ван суднице често води разговоре са окривљеним, или када игра тенис са оптуженим и после оде са њим на ручак, када најави да ће бити оштар у главној расправи, када у кафетерији изјави да се оптуженом види на лицу да има везе са дрогама, када изјави да је оптужена умоболна због револуционарних политичких схватања, када излагање оптужене окарактерише као политичко наклапање, или прекине излагање за мотив релевантних политичких схватања као небитно, када у поступку у коме се оптуженом суди да је убио жену каже да ће му се она ноћу можда појавити у сну, када својим тоном или избором речи вређа оптуженог („бестидно лажете“), када за време трајања поступка против држављанина Гане у другом поступку изјави да му је добро познато да нарочито Африканци лажу, када судија који суди лево оријентисаном оптуженом јавно исказује симпатије према екстремној десници, када је судија-поротник уједно запослен код оштећеног, када судија не дозволи непосредно пред главну расправу увид у судска акта, када без разлога удаљи са суђења симпатизере оптуженог, када захтев за извођење доказа недолично коментарише („и то ће веће већ некако преживети“), када прими жалбу од браниоца уз коментар „ваш први пораз, господине заступниче“ или када доведе стручну спрему браниоца у питање („где ли сте ви студирали право“), или када се жали тужиоцевом претпостављеном да се овај понаша као бранилац, или кад се договори са једним саоптуженим ван седнице, а ништа не саопшти осталим оптуженима, када оптуженом који одбија предлоге суда предочи последице које не стоје, итд.

С друге стране, постоји и граница. Није се сматрало адекватним основом за изузеће када је судија поротник читао тенденциозне извештаје о поступку у новинама, као ни када оптужени или бранилац вређа или провоцира судију, јер би тако сваки непожељни судија могао да буде уклоњен. Ако судија диктира у току главне расправе захтев за подизање оптужнице против оптуженог за клевету у записник, могло би да буде речи о основу за изузеће, осим уколико оптужени није клеветом управо да би постигао ту сврху – изузеће судије. Напет однос између оптуженог и судије није сам по себи разлог за изузеће. Разлог постоји, међутим, када судија без објашњења опозове постављеног браниоца који је задобио поверење оптуженог. Публикована виђења правних проблема и анализа позитивног права у сваком случају не могу бити основ за изузеће. С друге стране, расистичке или националистичке изјаве које вређају друге народе макар и генерално („све странце треба протерати“) разлог су за изузеће.²³

Као што се види, у немачкој пракси праг је толико низак, да обухвата мноштво констелација које код нас, вероватно, ни најдовитљивијем браниоцу не би ни прошле кроз главу као основи за изузеће.

Постоји посебна група факултативних основа. То су све оне ситуације у којима делује умесна аналогија, са таксативно набројаним обавезним основима из члана 39. тач. 1–6. нЗКП. Помињемо их зато што има аутора који сматрају да је „сумњиво“ да ли, на пример, неки даљи родбински однос, који није обухваћен одредбама о обавезном изузећу, може да буде факултативни основ (Васиљевић²⁴). Реч је, међутим, о замени теза. То што се у примени одредби о обавезном изузећу не може правити аналогија према обавезним основима, не значи да се на те ситуације не могу примењивати одредбе о факултативном изузећу.

Чињеница да је судија некоме пријатељ, на пример, сведоку или тужиоцу, сама по себи није основ за изузеће. Потребно је утврдити у сваком конкретном случају – ако до захтева за изузеће дође – квалитет те везе и постојање евентуалног осећаја обавезе према неком ко му је пријатељ. Разлог за изузеће није ни сама чињеница да судија познаје окривљеног.

Изузеће судије због духовитости изговорене при вршењу судијске функције, али и ванпословном опхођењу (на пример, карикрања окривљеног изван суднице у кругу пријатеља), не спречава уставна заштита слободе изражавања. Зато би судија, иако нам је тешко да то изустимо, требало да се суздржава од духовитости, како не би допринео развлачењу поступка, јер би странке или бранилац могли његово поступање да истакну у захтеву као основ за изузеће.

²³ Све Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, § 9, 8–9.

²⁴ Васиљевић, Т., *op. cit.*, 39, 24; Васиљевић, Т. – Грубач, М., *op. cit.*, 40, 25.

То уздржавање, чини се, не ограничава се само на поступак. Из судијског достојанства произлази да би судија и иначе требало да се уздржава од шала на рачун учесника у поступку, јер све што каже ван суда подједнако може бити основ за изузеће. То захтева и канон 6. *Кодекса судијске етике*, као и кан. 3. и 6. *Стандарда судијске етике* Друштва судија Србије.²⁵ Друго је питање да ли у таквим случајевима захтев треба усвојити. Сматрамо, не увек. Потребно је да опаска судије има барем мало поруге у себи, односно да је судија кроз шалу изразио став који би сам по себи био основ за изузеће. Исмејавање некога је у сваком случају разлог за изузеће. Обрнуто, кратак непосредан и спонтан духовит одговор на неку ситуацију у начелу то не би требало да буде.

2. 3. Осуде у медијима²⁶

И у случајевима када медији воде читаве кампање („медијске хајке“) за нечије осуђивање или ослобађање, то само по себи не може бити основ за изузеће. У противном би медији могли без тешкоћа да паралишу правосуђе у сваком конкретном случају. За факултативно изузеће је потребно да постоји конкретан индикатор, дакле, неко понашање судије које би могло да створи сумњу у његову непристрасност. Тек кад судија својим понашањем даје довољно разлога за забринутост у погледу непристрасности, могуће је размишљати о изузећу, наравно, независно од става медија.

III. ПОСТУПАК ЗА ИЗУЗЕЋЕ

Три су основна питања значајна за поступак изузећа – ко и када је овлашћен да захтева изузеће, као и ко је овлашћен односно надлежан да о изузећу одлучује. Код нас, као што је указано, не постоји изузеће *ex lege* (искључење). То значи да је, да би судија био изузет, увек потребан одговарајући акт органа који одлучује о изузећу.

Независно од процедуре за изузеће, закон прописује шта се догађа са самим поступком у коме суди судија чије је изузеће затражено. Најпре неколико ставова о томе.

1. *Iudex pendet*

Изгледа да наша судска пракса, па ни правна наука, није начисто са чланом 40. новог, односно 41. старог ЗКП.²⁷ Историјском

²⁵ Стандарди судијске етике, Друштво судија Србије, Београд 2003.

²⁶ Roxin, С., *Strafverfahrensrecht*, § 9, 17.

²⁷ Уп. Петрић, Б., *op. cit.*, 91 и сл., Васиљевић, Т., *op. cit.*, 43, 3; Васиљевић, Т. – Грубач, М., *op. cit.*, 44, 3.

анализом предратних правних прописа, као и праћењем систематике закона и дубљом анализом самог члана и његовог окружења, може се доћи једино до закључка да члан 40. нЗКП садржи неприменљиве одредбе о искључењу (неприменљиве, јер код нас искључење не постоји). Зато предлагемо да се он суштински схвати другачије, и да се у њему не виде одредбе о изузимању по себи, већ одредбе које регулишу ситуацију у времену између подношења захтева за изузеће и решења надлежног органа. „Замена“ која се помиње у том члану је привремена (*ad hoc*) и она је пандан овлашћењу судије за чије изузеће је поднет захтев у коме се истиче факултативни основ који не добија замену, јер може да врши неодложне радње (из става 2). Како судија код нас никад није изузет *ex lege* услед чињенице да постоји један од обавезних основа, апсурдно је ове одредбе схватити другачије. Ова збрка је, свакако, настала јер члан 40. нЗКП и ранији прописи по свом садржају готово од мисли до мисли настављају логику члана 30. Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије (ЗСКП). Али, сад је окружење суштински потпуно другачије, јер више не постоји *искључење* из члана 28. ЗСКП. Замена у случају искључења заиста може значити постављање новог судије, али у случају изузећа не може се поставити нови судија („замена“) док се не изузме стари! Како иначе објаснити да судија не добија одмах „замену“ ако обавести председника да мисли да постоји факултативни основ за изузеће, што ће рећи да сматра да је његова непристрасност доведена у питање? Ко ће то боље знати од самог судије? Шта се онда ту чека? Зашто у том случају не стоје речи „одређује замену“, а стоје када је основ обавезан. Код обавезног основа се, при том, много пре може постављати питање да ли такав основ постоји?

И када је реч о обавезним основима за изузеће, постоје ситуације у којима се они морају доказати, како касније предвиђа члан 42. нЗКП: „Пре доношења решења о изузећу прибавиће се изјава судије, судије-поротника, односно председника суда, а по потреби спровешће се и други извиђаји“. Ово је сигурно једна од најтежих ситуација у правном животу, када је очигледно да законодавац нешто не схвата како треба, а његови прописи су ипак на столу и треба их применити. Дакле, *ми не тврдимо да је проблем у примени као таквој, већ да је проблем у самом закону*. Примена коју ми предлагемо подједнако је неисправна као и досадашња примена, а то ће бити и свака друга, јер постоји дубока контрадикција у нормативном дискурсу. Једино мислимо да је наш предлог нешто бољи и онолико колико је могуће консеквентнији.

Дакле, требало би да „судија или судија-поротник не може вршити судијске дужности“ (члан 40. сЗКП, члан 39. нЗКП). Судија или судија-поротник који сазна да је поднет захтев за његово изузеће

у коме се истиче обавезан основ за изузеће, дужан је да одмах обустави сваки рад на предмету (члан 44. сЗКП, члан 43. нЗКП), а председник суда ће му одредити *ad hoc* замену. Председника суда чије се изузеће тражи, замениће у том случају судија тог суда најстарији по именовану, а ако то није могуће, заменика ће одредити председник непосредно вишег суда. Судија, чије се изузеће захтева по обавезном основу, не може да предузима ни неодложне радње до одређивања замене, већ мора да затражи од неког другог судије да ту радњу изврши.²⁸

Када је у захтеву истакакнуто постојање факултативног основа за изузеће, судија може до доношења решења о захтеву да предузима само неодложне радње. То би, на пример, било саслушање сведока који је на самрти.

У сваком случају, судија који се изузима због постојања обавезног основа мора се уздржати од сваке, па и неодложне процесне радње, док судија који се изузима по факултативном основу може вршити неодложне процесне радње, али не и друге.

Уколико судија ипак предузме одређене процесне радње, оне ће се сматрати перфектним ако захтев за изузеће не буде усвојен.²⁹ Уколико је изузеће захтевано по неком обавезном основу, а пре доношења захтева су већ предузете неке процесне радње, ако се захтев за изузеће усвоји, каснија судска одлука не може да се заснива на тим радњама, осим ако се оне не обнове.³⁰

2. Процедура за изузеће

Код саме процедуре за изузеће битно је, с једне стране, ко и када може да је покрене, а с друге, ко о захтеву за изузеће одлучује. Посебан режим постоји за обавезно, а посебан за факултативно изузеће.

2.1. Ко и када покреће изузеће (чл. 40–41. нЗКП)

Уколико постоји неки од обавезних основа за изузеће, судија има дужност да по сазнању обавести о томе председника суда, а странке (тузилац и окривљени) и бранилац могу увек, али одмах по сазнању, истаћи неки од обавезних основа у свом захтеву (члан 41, став 1).

Судија такође обавештава председника суда о томе да сматра (ако сматра) да је због неког другог основа (факултативно изузеће) његова непристрасност доведена у питање. На исте основе се стран-

²⁸ Петрић, Б., *op. cit.*, 91 (I, 3).

²⁹ Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, § 9, 14.

³⁰ Васиљевић, Т., *op. cit.*, 43, 3; Васиљевић, Т. – Грубач, М., *op. cit.*, 44, 3.

ке у спору (тужилац и окривљени) и бранилац могу позвати у захтеву, који се такође упућује председнику суда (члан 4, став 2). Интересантно је, међутим, да нови ЗКП не предвиђа могућност да се странке или браниоци позову на постојање факултативног основа за изузеће након отварања главне расправе или када за њега накнадно сазнају, као што је то изричито предвиђено у члану 41. став 1. нЗКП за обавезне основе. То је или редакцијска грешка (због повећања броја тачака са шест на седам) или велики вредносно-политички промашај. У сваком случају, реч је о новини у односу на садашњи режим старог ЗКП-а (члан 42, став 2), која делује неспојиво са правом на правично суђење. Вероватно је да формулација члана 41, став 2. новог ЗКП-а није ни мало случајна: „Захтев за изузеће судије или судије поротника странке и бранилац могу поднети до почетка главног претреса, а ако су за неки основ за обавезно изузеће прописано у члану 39, тач. 1–6. сазнале касније, захтев подносе одмах по сазнању“, Ипак, сматрамо да су судови дужни да ову одредбу тумаче објективно и примењују као да је њен смисао да се захтев, у коме је садржан основ за факултативно изузеће, може поднети увек, а не само „одмах по сазнању“. Супротно тумачење је ближе логици законодавца и института, али даље од здравог разума.

Дакле, странке и бранилац захтев за обавезно изузеће након отварања главне расправе могу да поднесу само „одмах по сазнању“ (члан 41. нЗКП). Окривљеном се, међутим, мора оставити минималан временски интервал да ступи у контакт и да се посаветује са својим браниоцем. То не могу бити месеци или недеље, већ највише дан, можда два.³¹ Судија одмах по пријему прослеђује захтев за изузеће органу који је надлежан да о њему одлучи. У супротном, поступа противно правилима професионалне етике.³²

Посебан режим важи када је реч о изузећу председника суда. Странке или бранилац могу да захтевају његово обавезно изузеће било кад, а факултативно само у року од пет дана од пријема позива на главни претрес (члан 41, став 3). Не може се тражити изузеће председника суда у тој функцији (а такве захтеве наша пракса познаје³³), већ је само предвиђено ко одлучује о изузећу председника суда за случај да се он појављује као поступајући судија. То јасно произлази из члана 39. нЗКП, у коме су побројани и обавезни и факултативни основи за изузеће, а „председник суда“ се нигде не помиње.

³¹ Уп. Roxin, С., *Strafverfahrensrecht*, § 9, 12.

³² Савет за етичка питања Друштва судија Србије – даље: СЕП, Мишљење број 7/05 од 17. 10. 2005. године.

³³ Нпр. Решење ОкС Београд од 15. XII. 1999., Кз. 1809/99; Симић, И., *Збирка судских одлука III*, Београд 2000, 213 (бр. 377).

Законодавац ствара забуну када прописује да се изузеће председника суда због факултативног основа мора тражити у року од пет дана од дана пријема позива за главни претрес (члан 41, став 3). Та одредба је анахрона и представља меру процесне економије за спречавање одуговлачења поступка из времена када се захтев за изузеће због сумње у непристрасност (факултативни основ), као и по новом ЗКП, и иначе могао истицати само до почетка главне расправе, а о захтеву за изузеће председника суда одлучивао председник непосредно вишег суда, до кога и од кога је захтев могао да путује недељама или чак да никад и не стигне. Таква одредба је нарочито бесмислена у старом ЗКП (члан 42), јер он не познаје ограничења за истицање постојања факултативног основа за изузеће након почетка главне расправе, а бесмислена је и у новом ЗКП, јер по њему о изузећу председника суда одлучује његов заменик, дакле, особа која седи у истом суду и до које захтев путује лифтом.

Захтев за изузеће судије вишег суда странке и бранилац могу поднети у жалби или у одговору на жалбу (члан 41, став 4).

У погледу садржаја, члан 41, ст. 1–2. предвиђа да странке и бранилац морају у свом захтеву навести тачно чије изузеће траже. Генерални захтев за изузеће целог већа није могућ. Исто тако, у захтеву мора тачно бити истакнут основ на који се позива, а у случају факултативног изузећа то значи да странке морају да наведу индиције односно све њима познате околности за које сматрају да могу довести у сумњу непристрасност судије. Странке не могу „поново наводити разлоге који су истицани у ранијем захтеву за изузеће који је одбијен“ (члан 41, став 2). Тиме није, међутим, искључено да се наведу исти разлози, ако су у међувремену променили опште ситуације добили другачији значај. Тако, на пример, ако је тврдња браниоца да је оштећени кум судије одбијена као неистинита, а касније се покаже да јесте тако, нов захтев браниоца са истим садржајем је легитиман.³⁴ Међутим, ако бранилац, пуномоћник или законски заступник оштећеног, оштећеног као тужиоца или оштећеног као приватног тужиоца стално подносе захтев у коме истичу исти основ, односно неосновано понављају захтев, очигледно са намером да се поступак одуговлачи, суд може да их казни у току поступка новчаном казном до 150.000 динара по члану 249. нЗКП.

Новина у односу на стари ЗКП (члан 42) је интенција законодавца да не омогући захтеве за факултативно изузеће након почетка главног претреса. Та иновација није добра.

³⁴ Идентично Васиљевић, Т., *op. cit.*, 41, 5; Васиљевић, Т. – Грубач, М., *op. cit.*, 42, 7.

2. 2. Ко одлучује о изузећу (члан 42. нЗКП)

О изузећу начелно одлучује председник суда. Ако се тражи његово изузеће, одлуку доноси заменик председника суда. Пре доношења решења о изузећу, прибавиће се изјава судије, судије-поротника, односно председника суда, а по потреби, спровешће се и други извиђаји.

Решење по коме одлуку доноси заменик председника суда чије се изузеће тражи – по старом ЗКП ту одлуку доноси председник непосредно вишег суда – не сме се прихватити равнодушно. Бејатовић са правом истиче да је ненормално да о изузећу некога одлучује тој особи подређен орган.³⁵ Па ипак, с обзиром на то да је, уколико је захтев одбачен, могуће уложити жалбу вишем суду, испуњен је стандард Европске конвенције о људским правима (зато што је могуће уложити жалбу о којој одлучује виши суд).³⁶ Но да ли је то стандард или изнуђено схватање због чињенице да је жалба Суду у Стразбуру могућа само на одлуку последње инстанце, нисмо сигурни.

Ако је поднет и захтев за изузеће председника суда и захтев за изузеће судије, оба захтева решава заменик председника суда, односно по старом ЗКП председник непосредно вишег суда. Погрешно је да, када су истовремено постављени захтеви, председник суда може одлучивати о изузећу поступајућег судије након што председник вишег суда одлучи о његовом изузећу, а управо то становиште је заузео Окружни суд у Београду.³⁷

Како смо већ истакли, апсурдно би било прихватити да председник суда, уколико нађе да постоји разлог за изузеће, наређује замену, а у супротном не доноси никакво решење.³⁸ Управо се ту ствари ломе. Ту се види да са чланом 40. нЗКП нешто није у реду. Произлазило би да се судија замењује без правног основа – није изузет силом закона, јер таква солуција у нашем закону није прихваћена, а није изузет ни неким актом (решењем). Како, онда, наредба замене може бити основана? Евентуално би се могло рећи да је у самој наредби замене садржан, по природи ствари, и акт изузећа. Али и то би било погрешно, јер се у акту наредбе не може видети да је доказано постојање основа за изузеће, а њихово постојање се мора утврдити, без обзира на то да ли је истакнут факултативни или обавезни основ. То би било противно и здравом и чистом организацио-

³⁵ Бејатовић, Ст., „Општеприхваћени правни стандарди и Предлог Законика о кривичном поступку“, *Правни информатор* 2006/6, 3.2.

³⁶ Уп. Grabenwarter, С., *Europäische Menschenrechtskonvention*, München – Wien 2005², § 24, 47.

³⁷ Решење ОкС Београд од 15.XII.1999., Кз. 1809/99; Симић, И., Збирка судских одлука III, Београд 2000, 377.

³⁸ Васиљевић, Т. *op. cit.*, 40, 1; Васиљевић, Т. – Грубач, М., *op. cit.*, 41, 1.

но-управном поступању. Председник суда може да нареди и замену по својој иницијативи, ако утврди да постоји обавезни основ за изузеће.³⁹ Председник већа је дужан да утврди да ли можда постоје „разлози због којих се чланови већа и записничар морају изузети“ (члан 320, став 1. нЗКП). Чини нам се да би се ту могли убројати и факултативни основи за изузеће, нарочито они до којих би се могло доћи и аналогично са обавезним основима. Ако се буде инсистирало на томе да странке и бранилац не могу да истакну факултативне основе за изузеће после отварања главне расправе, указивање странке или браниоца председнику већа на постојање факултативних основа био би једини начин да поступак буде колико-толико фер, јер судија није везан роковима.⁴⁰

Жалба је могућа само онда када је захтев одбијен, не и када је усвојен. Решење којим се захтев за изузеће одбија може се побијати посебном жалбом, о којој одлучује виши суд у већу, а ако је такво решење донесено после подигнуте оптужбе, онда само жалбом на пресуду.

Ако захтев за изузеће председника суда или судије или судије-поротника није поднет благовремено или ако не садржи поименице чије се изузеће и због чега захтева или је, пак, очигледно управљен на одуговлачење поступка, биће одбачен у целини или делимично. И овде, као и свуда, поступак није само начин за примену, већ и начин за исправну примену. То значи да сваки поступак омогућава употребу права, али и служи да спречи злоупотребу. Против решења којим се захтев одбацује није дозвољена жалба. Решење којим се захтев одбацује доноси председник суда, а од отварања заседања доноси га веће. У доношењу тог решења од отварања заседања може учествовати судија чије се изузеће тражи. Ако веће захтев не одбаци, о њему, као и иначе, одлучује председник суда.

Новина у односу на стари ЗКП (члан 43) је то што у случају да се тражи изузеће председника суда о томе одлучује његов заменик, док је у члану 43, став 2. сЗКП предвиђено да о томе одлучује председник непосредно вишег суда. Ако се тражи изузеће председника Врховног суда Србије, одлука се доноси на општој седница. Све остало је исто.

* * *

Не чини институт изузећа једноставним број чланова или речи у закону. Његова једноставност лежи у дубоком и априорном кон-

³⁹ Васиљевић, Т., *Коментар ЗКП*, Београд 1977, 40, 1; Васиљевић, Т. – Грубач М., *Коментар ЗКП*, Београд 2005¹⁰, 41, 1.

⁴⁰ Идентично Васиљевић, Т., *Коментар ЗКП*, Београд 1977, 41, 3 за тадашње решење.

сензусу свих учесника у поступку да поступак не сме бити препуштен судији који ће можда бити непристрасан.

Овде се изгледа, најбоље може видети да примена права није формалнологички поступак. Она се не може свести на силогизам, на логичке категорије „да“ и „не“, „може“ и „не може“, „треба“ и „не треба“. Кад би било тако, право би могли да примењују и аутомати. У праву постоји само више „да“ и мање „да“, више „не“ и мање „не“, једино „пре може“ и „пре не може“. Шта је „довољно више“, а шта „довољно мање“, шта ипак „може“, а шта „не може“, у стању је да одреди само непристрасан судија.

Luka Breneselović

CHALLENGE OF THE JUDGE IN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The article deals with theoretical as well as practical aspects of the challenge of the judge. It contains a critical study of solutions in the present Serbian Code of Criminal Procedure, along with the thorough analysis of the solution contained in the new Code of Criminal Procedure, whose implementation begins on June 1, 2007. It gives the explanation why the ex lege disqualification of the judge does not exist in the Serbian legal system and which inconsistencies related to that matter appear in the Code(s) of Criminal Procedure. Apart from explaining obligatory causes for the disqualification of the judge, the author also deals with a significant innovation brought by the new Code of Criminal Procedure, namely the stylization according to which the judge is to be disqualified whenever there are circumstances that might raise doubt about his objectivity/impartiality. The new challenging procedure is taken in consideration, as well.

Key words: *Challenge of the Judge (for cause). – Criminal Procedure. – New Serbian Code on Criminal Procedure*