

лицији. У европскоконтиненталном праву, почев од увођења мешовитих, оптужно-истражних кривичних поступака, доминирала је судска истрага. Такво стање било је владајуће до пре неколико деценија, од када се може приметити тенденција напуштања судског модела истраге и преласка на тужилачку или тужилачко-полицијску истрагу. Тако је, на пример, Немачка још 1974. године прешла са судске на тужилачку истрагу, која се у пракси брзо извитоперила у полицијску. Италија је 1988. године увела чист тужилачки модел истраге, а у току последње деценије тужилачку истрагу су увеле и многе бивше југословенске републике (Босна и Херцеговина – 2003; Хрватска – 2008; Црна Гора – 2009; Македонија – 2010). Тај пример следила је и Србија тако што је најпре 2006. године покушала, а 2011. године и увела тужилачку истрагу.²

У теоријским расправама о овом питању данас доминирају становишта о предностима тужилачке истраге, док су заговорници судског модела данас ретки. Пренећемо најпре аргументе присталица судске истраге:³

– независни суд је најбољи гарант грађанских слобода и права, која се у истрази више и чешће ограничавају него у каснијим фазама кривичног поступка;

– одлучивање о слободама и правима грађана по Уставу мора бити резервисано за суд; зато се и у случају тужилачке истраге судски органи у једном делу морају задржати, услед чега би дошло до цепања истраге на два дела; да до тога не би дошло, истрага у целости треба да остане судска;

– истражни судија је објективнији истражитељ од јавног тужиоца;

– јавни тужилац је непогодан за прикупљање података о личности, што се сматра једним од циљева истраге;

– грешке у истрази често могу бити узрок погрешних пресуда; кад је истрага судска, утицаји на судећи суд су по правилу случајни, а кад је у рукама управног органа, ти утицаји могу бити и намерни;

– неповерење у судску истрагу је последица бројних слабости у вршењу истраге (нпр. кабинетски рад истражног судије); међутим, те слабости нису иманентне судском моделу истраге, већ су последица лоше организације, која се може поправити;

² Неуспелим покушајем сматрамо подухват доношења ЗКП из 2006. године, који у том делу никада није почео да се примењује а престао је да важи 2009. године. Нови ЗКП из 2011. године је такође специфичан по томе, што је најпре почео да се примењује у поступцима за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности (15. јануара 2012. године), док је почетак његове примене у осталим поступцима одложен до 1. октобра 2013. године.

³ Међу овим последњима налазе се нарочито Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд 2011, 373 – 374; Ђорђе Лазин „Судска истрага (дилеме и проблеми), *Ревизија за криминологију и кривично право* 2/2006, 73 – 90.

– прелазак на тужилачки модел истраге захтевао би претходно спровођење темељне и скупе реформе полиције и јавног тужилаштва, јавно тужилаштво би морало постати потпуно самосталан и независан орган; кадровски, технички и просторни капацитети јавног тужилаштва би се морали ојачати;

– непостојање ниједног међународног правног документа који би обавезивао на увођење тужилачке истраге;

– аргумент да је тужилачки модел истраге постао светски тренд, није сам за себе довољан;

– приче о спорости судске истраге свODE се на непроверен утисак, који није доказан статистичким подацима;

– непостојање емпиријских података о томе да је тужилачка истрага, која је раније уведена у другим земљама, бржа од судске;

У прилог увођења тужилачке истраге наводе се следећи аргументи:⁴

– стварање нормативне основе за ефикаснији кривични поступак;

– већи степен активности јавног тужиоца;

– адекватнији начин регулисања одговорности за неефикасну истрагу;

– усаглашавање са савременим компаративним кривичнопроцесним законодавством и међународним кривичним правом;

– кабинетски карактер рада истражног судије;

– смањење могућности непотребног понављања доказа;

– правна природа истраге као тужилачке а не судске делатности;

– допринос тужилачке истраге потпунијој реализацији основних кривичнопроцесних начела (нпр., начела непосредности);

– важна улога полиције и у судској истрази;

– дуплирање посла у судској истрази (истрага и главни претрес);

– негативни утицај судске истраге на сведоке, који се више пута испитују.

Сматрамо да у овој борби аргумената, победу може однети тужилачка истрага, али само под условом да су адекватно решена сва важна питања која се односе на њено покретање, спровођење и окончање. Изнад свега је важно да се приликом преласка на тужилачки модел истраге води рачуна о томе да се са промењеним концептом истраге морају ускладити и све друге одредбе ЗКП. Наш ЗКП из 2011. године о томе није довољно водио рачуна. Због низа погрешних решења и међусобно неусклађених законских одредаба, он је предмет веома оштрих критика научне и стручне јавности. У овом раду указаћемо на нека законска решења у вези са истрагом, која се могу критиковати.

⁴ Станко Бејатовић, „Радна верзија новог Законика о кривичном поступку Републике Србије и ефикасност поступања у кривичним стварима“, *Правна ријеч* 29/2011, 502 – 505.

(1) Истрага се сматра првом фазом опште кривичнопроцесне форме. То произлази из одредбе члана 2, тачке 14 ЗКП, према којој поступак означава предистражни поступак и кривични поступак; из структуре другог дела законика, у којој је истрага (глава XVI) приказана као део тока поступка, као и из члана 7 ЗКП, по коме је кривични поступак покренут (између осталог) доношењем наредбе о спровођењу истраге. То је основна концепцијска грешка нашег законодавца у вези са истрагом, коју карактерише низак стандард доказаности, као и могућност вођења против непознатог учиниоца. Такво законско решење намеће потребу редефинисања неких традиционалних процесних појмова и начела, који су општеприхваћени у теорији кривичнопроцесног права.⁵ Проблем се јавља, пре свега, са схватањем појма кривичног поступка као процесноправног односа који се успоставља између основних процесних субјеката: суда, тужиоца и окривљеног. Када је делатност истраживања у рукама јавног тужиоца и/или полиције, онда се истрага више не би требала сматрати фазом опште кривичнопроцесне форме. При томе треба имати у виду да је кривичнопроцесна форма само динамички пандан кривичном поступку као статичном појму.⁶ Дакле, свака кривичнопроцесна форма би подразумевала правни однос између основних процесних субјеката (суда, тужиоца и окривљеног). У тужилачкој истрази, међутим, нема свих неопходних процесних субјеката: нема суда а нема ни окривљеног. Чак ни сам јавни тужилац нема својство процесне странке, већ оперативног органа који врши истражну делатност у циљу фондирања свог оптужног акта. Судија за претходну истрагу, који се изузетно појављује у тужилачкој истрази, такође не представља процесни субјекат, већ заштитника основних слобода и права човека. Према нашем законнику, лице против којег се води тужилачка истрага има статус осумњиченог, а не окривљеног. Против њега постоје тек основи сумње да је учинио кривично дело, што је нижи степен уверења од до сада захтеване основане сумње, као услова за покретање судске истраге. Врхунац представља одредба нашег ЗКП, по којој се истрага може водити и против непознатог лица. Недопустиво је да се омогући вођење кривичног поступка против непознатог учиниоца. Због тога би се у условима јавнотужилачке истраге требало сматрати да је истрага, заједно са предистражним поступком, саставни део преткривичног поступка, а не опште кривичнопроцесне форме.⁷ Дакле, у новим условима, при правилном сагледавању овог пита-

⁵ Више о томе Војислав Ђурђић, „Редефинисање класичних процесних појмова у Преднарту ЗКП из 2010. године“, *Архив за правне и друштвене науке* 3 – 4/2010.

⁶ Вид. Снежана Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад 2013, 3 – 5.

⁷ Тако размишљају и други теоретичари кривичног процесног права. Вид. нпр., Момчило Грубач, „Странпутице и замке тужилачке истраге“ у: *Међународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“*, Правни факултет Приштина - Косовска Митро-

ња, општа кривичнопроцесна форма исцрпљивала би се у свом главном стадијуму, који би почињао потврђивањем оптужнице од стране суда, а завршавао се ступањем судске пресуде на правну снагу, уз изузетну могућност оживљавања правноснажно окончаног поступка путем ванредних правних лекова. Такав став би требало заузети и због тога што радњама предузетим у јавнотужилачкој истрази не би требало признати доказни кредибилитет на главном претресу и на њима се не би могла заснивати судска пресуда. Међутим, наш законодавац се оглушио о традиционалне појмове и принципе кривичног процесног права и тужилачку истрагу прогласио саставним делом опште кривичнопроцесне форме. Основна концепцијска грешка нашег законодавца огледа се у томе што је уместо укидања формализоване судске истраге, она само замењена једнако формализованом јавнотужилачком истрагом, која поново омогућава продор доказа који потичу из истраге, па чак и предистражног поступка на главни претрес. Законодавац се нарочито трудио да разграничи предистражни поступак од истражног, уместо да их је регулисао заједно и оба разграничио од судског кривичног поступка. То је било могуће а било је и потребно, с обзиром на то да и предистражни и истражни поступак, као несудске делатности, имају исту правну природу, по којој се разликују од судског поступка. Због тога су ове, као и многе друге одредбе ЗКП из 2011. године, дочекане са оштрим критикама у научној и стручној јавности.

(2) Лице против кога се води истрага више није окривљени, као што је то било до сада, него осумњичени. Оваква измена је вероватно последица снижења квантума доказаности који је потребан за покретање истраге. Међутим, није оправдано да лице против којег се води кривични поступак нема статус окривљеног. Такође, није оправдано да лице против којег се води истрага буде изједначено са лицем против кога је надлежни државни орган предузео само неку оперативну радњу у предистражном поступку. Може се критиковати и употреба израза окривљени као општег назива за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног (члан 2, тачка 2 ЗКП). Подвођењем осумњиченог против кога се покреће истрага под појам окривљеног у ширем смислу, законодавац је настојао да му обезбеди права која у кривичном поступку има окривљени као странка. При томе је та права обезбедио и осумњиченом у предистражном поступку, иако се зна да неко може имати положај странке само у поступку а не и изван њега.

Према члану 295 ЗКП, истрага се може покренути и против непознатог учиниоца када постоје основи сумње да је учињено кривично дело. За-

вица, 22.06.2011. године, 250 – 252; В. Ђурђић, „Рedefинисање класичних процесних појмова у Преднацрту ЗКП из 2010“, *Архив за правне и друшћивене науке* 3 - 4/2010, 197 – 204; Милан Шкулић, Горан Илић, *Реформа у сћилу „један корак најред – два корака назад“*, Београд 2012, 118.

то захтевани основи сумње могу покривати само учињено кривично дело, а не морају се односити и на могућег учиниоца кривичног дела. То није у складу ни са кривичнопроцесним ни са криминалистичким стандардима који су до сада важили. До сада је тако нешто било незамисливо: свака фаза кривичног поступка могла се водити само против познатог учиниоца (окривљеног). Уосталом, посао на откривању дела и учинилаштва је традиционални задатак полицијских органа и свакако да би боље решење било да је остао задатак полиције да својом неформалном и оперативном делатношћу ради на откривању идентитета учиниоца кривичног дела, него да се то ради формализованим радњама у току истраге, као дела кривичног поступка. Осим тога, то је у супротности са одредбом члана 14, става 1 и 2 КЗ РС, из које произлази да нема кривичног дела без кривице, а питање кривице може се посматрати само у контексту конкретног, а не неког непознатог лица.

(3) Кривичнопроцесни однос је секундаран и инструменталан. Он претпоставља постојање кривичноматеријалног правног односа, који се успоставља између државе и учиниоца кривичног дела у моменту извршења кривичног дела. Међутим, постојање тог кривичноматеријалног односа је само хипотетичко. Кривични поступак се и води зато да се поводом тужиоцевог захтева расправи да ли у датом случају држава заиста има право на кривичноправни захтев према учиниоцу. То значи да би се на крају поступка морало са извесношћу утврдити да ли је одређено лице учинило одређено кривично дело, наравно ако су испуњени услови за мериторно пресуђење кривичне ствари. Али, да бисмо ми могли рачунати на кривични поступак, који треба да изврши поменуту мисију, морамо за почетак имати бар неке изворе сазнања који говоре о мањем или већем степену могућности да је дато кривично дело учињено. Ти извори сазнања су најчешће недовољни или несигурни и обично се подводе под одређени степен сумње. Сумњати у нешто значи колебати се, двоумити се у погледу постојања неких чињеница или околности. Ако је суд са становишта логике спој појмова којима се нешто тврди или пориче,⁸ онда је сумња изванредно нижи степен уверености приликом суђења као мисаоне операције. Дакле, сумњу бисмо могли одредити као једну врсту тзв. проблематичког суда,⁹ којим се одређена веза између субјекта и предиката поставља само као могућа или вероватна. Целокупна проблематика сумње у преткривичном и кривичном поступку произлази из стања непотпуности релевантних информација и резултат је противречности између незнања односно недовољног знања о кривичном догађају и новосазнатих

⁸ Гајо Петровић, *Логика*, Загреб 1989, 42.

⁹ *Ibid.*, 55.

чињеница које се не уклапају у верзију о непостојању кривичног дела и учиниоца.¹⁰ Са становишта кривичног процесног права, сумња представља могућност да је одређено лице извршило кривично дело које му се ставља на терет, која мора бити одређеног степена и која се заснива на одређеним чињеницама и околностима.¹¹ Дакле, сумња је подложна степеновању а у нашем законодавству се јавља у облику основа сумње, основане сумње и оправдане сумње.

Према ЗКП из 2011. године, истрага као прва фаза кривичног поступка може се покренути када постоје основи сумње да је учињено одређено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело. Куриозитет је да законодавац први пут дефинише овај и друге сродне појмове (члан 2, став 1, тачка 17 – 20 ЗКП), којима се до сада бавила само процесна теорија. Тако се основ сумње одређује као скуп чињеница које посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела. Основана сумња је скуп чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела. Нама је у овом контексту важна разлика између основа сумње и основане сумње. Наведене одредбе могу се критиковати из више разлога. Прво, законодавац уопште није требао да се бави поменутом регулацијом, јер је то задатак судске праксе и процесне теорије. Друго, овде није реч о „скупу чињеница“, већ о одређеном степену субјективног уверења органа поступка да одређене чињенице постоје или да не постоје.¹² Осим тога, разлика између појединих степена уверења није у квалитету доказа (посредни или непосредни), већ у квантитету разлога који говоре да одређена чињеница стоји или не стоји.¹³ И основи сумње и основана сумња могу произлазити како из непосредних, тако и посредних доказа. Рекли бисмо да је основна разлика између основа сумње и основане сумње у томе што основана сумња претпоставља да су разлози за и разлози против постојања неке чињенице у извесној равнотежи. Основи сумње представљају нижи стандард доказаности, односно такав степен уверења о постојању неке чињенице, при чему разлози против доминирају над разлозима за постојање неке чињенице. Другим речима, основи сумње подразумевају одређен степен могућности да је неко учинио кривично дело, при чему је та могућност још увек мања од супротне мо-

¹⁰ Владимир Водинелић, „Основе сумње и основана сумња у науци кривичног процесног права“, *Наша законџосџи* 9/1977, 70.

¹¹ Ђорђе Лазин, „*In dubio pro reo*“ у *кривичном џосџујуку*, Београд 1985, 14.

¹² Снежана Бркић, „Новине у регулисању скраћеног поступка у Законику о кривичном поступку Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факулџеџија у Новом Саду* 2/2013, 223.

¹³ Момчило Грубач, „Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни заџиси* 2/2011, 471.

гућности да он то није учинио. Свакако да овде није реч о некој математичкој квантификацији сумње, већ о слободној процени органа поступка. Формирање основа сумње мора се градити на планирању свих реално могућих верзија, после чије провере се елиминишу несумњиви и сужава круг осумњичених лица.

И до сада се у нашем законодавству правила разлика између основа сумње и основане сумње и то тако што је ово прво било довољно за предузимање радњи у преткривичном поступку, док је за покретање кривичног поступка била неопходна основана сумња (члан 255, став 1 ичлан 241, став 1 ЗКП из 2001. године). Међутим, ЗКП из 2011. године задржава исти степен сумње (основе сумње), како за преткривични (предистражни) поступак, тако и за покретање кривичног поступка. Тиме је у односу на раније стање неоправдано снижен стандард доказаности који се тражи за покретање кривичног поступка. Ова важи само за оне врсте кривичних поступака који пролазе кроз фазу истраге. У случају скраћеног поступка или непосредне оптужнице, код којих изостаје фаза истраге, потребна је оправдана сумња за подизање оптужног акта.¹⁴

(4) Примарни циљ истраге јесте прикупљање података и доказа који су потребни за доношење тужбачке одлуке о томе да ли ће подићи оптужницу или ће обуставити поступак. Дакле, примарни циљ истраге може бити позитиван или негативан. Позитиван циљ истраге огледа се у обезбеђивању материјала који ће бити довољан за утемељење оптужнице. Негативни циљ истраге огледа се у обустави поступка пре извођења окривљеног пред судећи суд, ако на том путу стоје одређени стварни или правни разлози. У том смислу, истрага на својеврстан начин штити осумњиченог јер спречава његово неосновано извођење на главни претрес. Поред ових примарних циљева, истрага може имати и секундарне циљеве. Ту спада извођење доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано. Друга законодавства ради испуњења овог циља истраге редовно предвиђају изузетну могућност да такве непоновљиве доказне радње предузме судија за претходни поступак на посебном доказном рочишту у истрази. Наш законодавац није предвидео такву одредбу, иако би она била логична и корисна. Нови ЗКП је из старог закона преузео још један секундарни циљ истраге: извођење и других доказа који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним. То, међутим, не би смео бити циљ тужилачке истраге, јер је то посао који тре-

¹⁴ С. Бркић, „Новине у регулисању скраћеног поступка у Законнику о кривичном поступку Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 2/2013, 222.

ба да се обави на главном претресу.¹⁵ Задржавање ове одредбе у новом ЗКП је још једна потврда чињенице да су наши законописци сматрали да је довољно да се у истрази укине истражни судија а да све остале одредбе о истрази остану непромењене.

(5) Према новом ЗКП, истрагу више не покреће истражни судија, већ надлежни јавни тужилац. У тој улози не могу да се јаве приватни и супсидијарни тужилац. Истрага се покреће наредбом јавног тужиоца. Кривични поступак је покренут доношењем наредбе о спровођењу истраге (члан 7 ЗКП). Добро је што законодавац експлицитно одређује шта се сматра моментом започињања кривичног поступка, тако да о томе више нема дилема. Међутим, није добро што се при томе напушта до сада општеприхваћена концепција о кривичном поступку као тространом правном односу као критеријуму за решавање питања момента покретања кривичног поступка.¹⁶ Наиме, суд више нема никакву улогу приликом доношења наредбе о спровођењу истраге. Наредба се не може побијати жалбом, нити је осумњичени може оспоравати на било који други начин. Одсуство судске контроле тужиоаче наредбе о спровођењу истраге може се критиковати јер треба спречити не само осуду невиног окривљеног, већ и његово неосновано кривично гоњење, пошто и само вођење кривичног поступка подразумева значајно ограничавање слобода и права.¹⁷

(6) Наредба о спровођењу истраге доноси се пре или непосредно после прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а најкасније у року од тридесет дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела. Оваквим одређивањем рока за доношење наредбе о спровођењу истраге, законодавац је хтео да што више помери демаркациону линију између предистражног и истражног поступка у корист овог последњег. Можда је законодавац имао најбоље намере, али из овакве одредбе произлази да власт одлучивања о покретању истраге не припада само јавном тужиоцу, него и полицији. Наиме, полиција практично може да изнуди од јавног тужиоца покретање истраге за одређено кривично дело, тиме што ће предузети било коју доказну радњу (нпр., претресање), да би јавни тужилац у року од тридесет дана од обавештавања о предузимању те радње био ду-

¹⁵ Тако и М. Грубач, „Странпутице и замке тужилачке истраге“ у: *Међународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“*, Правни факултет Приштина - Косовска Митровица, 22.06.2011. године, 235.

¹⁶ Тако и Станко Бејатовић, „Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, *Ревија за криминологију и кривично право 2/2010*, 34.

¹⁷ М. Грубач, „Странпутице и замке тужилачке истраге“ у: *Међународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“*, Правни факултет Приштина - Косовска Митровица, 22.06.2011. године, 244.

жан да донесе наредбу о спровођењу истраге.¹⁸ Додуше, систематским тумачењем законика, односно довођењем у везу ове одредбе са одредбом члана 295, става 1 ЗКП, ипак можемо закључити да јавни тужилац треба да цени и постојање материјалног услова за покретање истраге, а то су основни сумње. Ако након предузимања те доказне радње, основи сумње не постоје, свакако да јавни тужилац неће бити присиљен да у року од тридесет дана донесе наредбу о спровођењу истраге. Примера ради, ако је полиција предузела радњу претресања стана и том приликом нису нађени трагови кривичног дела или предмети важни за кривични поступак, било би апсурдно да јавни тужилац и тада мора донети наредбу о спровођењу истраге. У обрнутој ситуацији, ако би приликом полицијског претресања били нађени такви трагови, односно предмети, тиме би се могао стећи онај најнижи степен уверења (основи сумње), који би био довољан за покретање истраге, што би налагало тужиоцу да у складу са начелом легалитета кривичног гоњења ипак донесе поменути наредбу у року од тридесет дана. Али, и у том случају би оцена постојања законских услова за покретање истраге припадала јавном тужиоцу, а не полицији.¹⁹ Ово је једини исправан начин тумачења ове неспретно формулисане одредбе, јер би се у противном дезавуисао руководећи положај јавног тужиоца у предистражном поступку, што законодавац сигурно није хтео. Уместо апсолутне подређености полиције јавном тужиоцу, полиција би се дословним тумачењем поменуте одредбе ставила изнад јавног тужиоца.

(7) Према члану 297 ЗКП, наредба о спровођењу истраге доставља се осумњиченом и његовом браниоцу, ако га има, заједно са позивом односно обавештењем о првој доказној радњи којој могу присуствовати. Дакле, наредба о спровођењу истраге не доставља се осумњиченом одмах по њеном доношењу. Ова одредба је у складу са схватањем да осумњиченог не треба обавештавати о отварању истраге, јер тужилачка истрага није формална и у њој не треба обезбеђивати принцип једнакости оружја процесних странака. Истрага је тако и много ефикаснија. Осим тога, осумњичени се на тај начин мање узнемирава и ређе му се одређује притвор. Међутим, треба

¹⁸ Тако и М. Грубач, “Нове установе и нова решења Законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи* 2/2011, 492; Горан Илић, „Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у“ у: *Актуелна питања кривичног законодавства (нормативни и практични аспекти)*, XLIX редовно годишње саветовање Српског удружења за кривичноправну теорију и праксу, Београд 2012, 164.

¹⁹ На сличан начин размишљају и други аутори, али по нашем мишљењу, то ипак не образлажу на прави начин. „Рок од тридесет дана треба да омогући јавном тужиоцу довољно времена да одлучи да ли ће предузету доказну радњу од стране полиције ауторизовати или ће одбити њену ауторизацију“ (Горан П. Илић и други, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд 2012, 634).

имати у виду да је благовремено обавештавање о покретању истраге важно за припремање одбране и заузимање повољнијег положаја окривљеног у будућем судском поступку. Осумњичени и његов бранилац не могу присуствовати свим доказним радњама. Они, на пример, могу присуствовати увиђају, саслушању сведока и вештака. Редослед предузимања доказних радњи у истрази одређује сам јавни тужилац. Он при томе може да тактизира и да за сам крај остави саслушање осумњиченог, односно другу доказну радњу којој осумњичени може да присуствује. Тиме осумњиченог доводи у ситуацију да до самог краја не зна да се против њега води истрага. Међутим, треба имати у виду да јавни тужилац неће моћи баш увек да тактизира на овај начин. Често су исказ осумњиченог, сведока и вештака најзначајнија доказна средства о делу и учиниоцу. Тада ће јавни тужилац бити принуђен да у раној фази обелодани чињеницу да против неког лица води истрагу.

(8) Једно од важних питања новог модела истраге јесте питање начина на који ће одбрана прикупљати доказе. То питање се у упоредном праву решава на два начина: а) према једном начину, јавни тужилац је искључиви орган за спровођење истраге, у којој су предвиђени механизми обезбеђивања прикупљања доказа, како на штету, тако и у корист окривљеног (нпр., немачко право); б) према другом начину, предвиђа се тзв. паралелна истрага, што значи да поред јавног тужиоца и одбрана може самостално да изводи доказе (нпр., италијанско право). Чини се да овај други начин отвара много више питања и проблема. Да би осумњичени био равноправан са јавним тужиоцем, он би морао имати браниоца, а питање је да ли би га могао приуштити. Таква бранилачка истрага створила би и велике разлике међу осумњиченим лицима, чији би успех у истрази зависио од њиховог материјалног стања. Поставља се и питање како би окривљени могао принудити сведока да да свој исказ. Морало би се покренути и питање јавности истраге јавног тужиоца, јер је незамисливо да окривљени развија сопствену истрагу ако не зна да се она против њега уопште и води од стране јавног тужиоца или ако не зна које је радње против њега предузео јавни тужилац.

У нашој стручној и научној јавности се често могу чути критике због наводног увођења паралелне истраге.²⁰ Међутим, не би се могло рећи да је то права паралелна истрага, која би подразумевала овлашћење одбране да самостално предузима доказне радње попут јавног тужиоца. Осумњичени и његов бранилац имају само право на прикупљање доказа и материјала у

²⁰ М. Шкулић, Г. Илић, „Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад“, Београд 2012, 56 – 59; С. Бејатовић, „Радна верзија новог ЗКП Републике Србије и ефикасност поступања у кривичним стварима“, *Правна ријеч* 29/2011, 511.

корист одбране, као и право на предлагање формалних доказних радњи, које предузима јавни тужилац.

Осумњичени и његов бранилац су први пут добили овлашћење да самостално прикупљају доказе и материјале у корист одбране и у том циљу имају право да: а) разговарају са лицем које им може пружити податке ко-рисне за одбрану и да од тог лица прибављају писане изјаве и обавештења, уз његову сагласност, б) улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или просторе који нису повезани са станом, уз пристанак њиховог држаоца; в) од физичког или правног лица преузму предмете 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. Дакле, овде се ради о одређеним облицима слободне и потпуно добровољне комуникације одбране са одређеним физичким или правним лицима. Нема сумње да би одбрана имала право на овакву комуникацију и да нема ове одредбе, пошто се све три могућности заснивају на добровољном пристанку трећих лица. Исто тако, нема сумње да је до такве комуникације одбране и до сада често долазило, иако она није била озакоњена. Законодавац је вероватно хтео да дефинише функцију оваквих радњи и смањи могућност недозвољених утицаја на сведоке. Писане изјаве и обавештења не дају се у процесном својству сведока и не представљају формалне доказне радње у у смислу главе VII ЗКП. Они имају припремну, превентивну и контролну функцију.²¹ Они се могу 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. Треба напоменути да је искључено прибављање таквих изјава и обавештења од оштећеног, као и од лица која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца. Без обзира на то што се ово не може сматрати паралелном истрагом, стоји критика да на овај начин положај осумњиченог у истрази зависи од његовог материјалног статуса, односно да се на тај начин прави разлика међу лицима против којих се води истрага према критеријуму њиховог имовног стања.²² Осим тога, одбрани, за разлику од јавног тужиоца и полиције, не стоје на располагању принудне мере, а по правилу ни финансијска средства за вршење те активности.²³

²¹ Г. П. Илић и други, „Коментар Законика о кривичном поступку“, Београд 2012, 646.

²² С. Бејатовић, „Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, *Ревизија за криминологију и кривично право* 2/2010, 35.

²³ М. Грубач, „Странпутице и замке тужилачке истраге“ у: *Међународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“*, Правни факултет Приштина - Косовска Митровица, 22.06.2011. године, 246.

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 приговор 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. Предвиђени поступак је сувише компликован, дуготрајан, неефикасан и недовољан.²⁴ Овом одредбом законодавац ипак није у потпуности заштитио интересе одбране, јер нису предвиђене никакве санкције у случају да јавни тужилац не поступи по налогу судије за претходни поступак. Чини нам се да би боље решење било да је закоником предвиђено да у случају тужичевог одбијања предлога одбране, о извођењу таквог доказа дефинитивно одлучује судија за претходни поступак.²⁵

(9) Иако се одредбе о посредном извођењу доказа на главном претресу нису битно промениле у односу на ЗКП из 2001. године, новим закоником постигнути су ефекти сасвим супротни од прокламованог циља. Један од аргумената у прилогу увођења тужилачке истраге била је и потреба да се потенцира начело непосредности на главном претресу. Међутим, из законских одредаба произлази да се упознавање са садржином записника односи и на записнике са исказима сведока и вештака испитаних у истрази, што значи да су несудски докази потпуно изједначени са судским доказима. Тиме се фаворизује само једна странка – јавни тужилац, коме се омогућава да посредно уведе у поступак доказе које је сам извео у истрази на неконтрадикторан начин (некад и без присуства осумњиченог). При томе ништа не мења на ствари чињеница што су те доказне радње у истрази предузете према одредбама Законика о кривичном поступку: то су несудске радње предузете на неконтрадикторан начин, са циљем прикупљања доказа и података који су потребни да би се могло одлучити да ли ће се подићи оптужница или обуставити поступак. Због тога није логично да се на таквим радњама заснива судска пресуда. Осим тога, треба имати у виду да

²⁴ М. Грубач, „Странпутице и замке тужилачке истраге“ у: *Међународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“*, Правни факултет Приштина - Косовска Митровица, 22.06.2011. године, 245.

²⁵ Има аутора који сматрају да такво решење ипак не би било добро јер радње доказивања које предузима суд у истрази не би смеле да буду у функцији остваривања основног задатка истраге. Другим речима, суд би требао да одлучује само о питањима везаним за слободу и права окривљеног и других субјеката истраге, као и о непоновљивим доказима (*ibidem*, 36). Мислимо да би у овом случају ефикасној заштити интереса осумњиченог требало дати превагу над аргументом принципијелности.

према Уставу и Европској конвенцији о заштити људских права и основних слобода окривљени има право да му суди независни и непристрасни суд. Ако се суђење састоји од утврђивања чињеница и примене права на утврђено чињенично стање, онда сви докази којима се утврђује чињенично стање морају бити изведени пред судећим судом у контрадикторном и непосредном поступку. Осим тога и Устав и Европска конвенција гарантују окривљеном право да се пред судом суочи са сведоцима оптужбе, тј. да их сам испита, односно да их у његовом присуству испита судећи суд. Наведене захтеве важећи ЗКП не испуњава, па би се у том смислу могла оспоравати и његова уставност.²⁶ Једини легитимни пут којим би се одређене доказне радње изведене у истрази могле пробити на главни претрес и представљати основу за доношење судске пресуде би био онај пут који би водио преко судије за претходни поступак. Само онда када би тзв. непоновљиве доказне радње у истрази изводио на посебном доказном рочишту судија за претходни поступак, а не јавни тужилац, те радње би се могле посредно користити на главном претресу. Иако такву могућност редовно предвиђају законодавства са тужилачким моделом истраге, таква одредба није предвиђена у нашем новом Законнику о кривичном поступку.

Критикује се и напуштање израза истражне радње и употреба израза доказне радње у истрази.²⁷ При томе се заборавља да се у истрази докази не би требали изводити, већ само прикупљати. Другим речима, докази у истрази (изузев непоновљивих доказа које би изводио судија за претходни поступак) не могу бити изједначени са доказима у правом процесноправном смислу речи, какви се изводе на главном претресу. Они би требали да служе само јавном тужиоцу за одлуку о подношењу оптужнице и у друге сврхе се не би требали користити. Због тога је велики пропуст законодавца што није предвидео обавезу издвајања записника из тужилачке истраге, како се са њима не би могао упознати судећи суд.

(10) Извршење појединих доказних радњи јавни тужилац може да повери и полицији. Овде долази у обзир било која доказна радња, па чак и она коју полиција не може самостално да предузима у предистражном поступку (нпр., саслушање сведока и вештака).²⁸ Битно је само да су те радње предузете у складу са одредбама ЗКП о доказним радњама. При томе,

²⁶ Снежана Бркић, „Неусклађеност Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године са другим прописима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2014, 176.

²⁷ М. Грубач, „Одредбе о организацији претходног кривичног поступка Нацрта ЗКП Србије из априла 2010. године упоређене са одговарајућим одредбама италијанског ЗКП“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине* 12/2010, 565.

²⁸ Тако и Г. П. Илић и други, „Коментар Законика о кривичном поступку“, Београд 2012, 640.

законик није предвидео механизме који би могли да спрече да се тужилачка истрага у пракси претвори у полицијску, као што се то десило у Немачкој. Опасност од таквог евентуалног извитоперења тужилачке истраге у нашим условима би била утолико већа, зато што наша полиција није тако високо професионализована и деполитизована као у Немачкој.²⁹ Од пресудног значаја за остварење поменутог циља било би формирање правосудне полиције и истражних центара.

(11) Већ је речено да је јавно тужилаштво према новом ЗКП преузело и нову улогу. На њега је пренета истражна функција, која се до сада налазила у рукама истражног судије. Питање је, међутим, колико ће јавно тужилаштво бити у стању да објективно врши наведену функцију, пошто он није независан орган, као што је то суд.³⁰ Наиме, према чл. 159 Устава, јавног тужиоца бира Народна скупштина, на предлог Владе. Оба ова органа конституишу се на политичкој основи, чиме је доведена у питање независност јавног тужиоца. Ако се при том има у виду да је мандат јавног тужиоца ограничен на шест година, није тешко замислити у каквој деликатној ситуацији ће се наћи јавни тужилац који зна да његова даља судбина, односно реизбор зависи од одлука политичких тела. Ништа боља ситуација није ни са заменицима јавног тужиоца. Њих бира Народна скупштина, на предлог Државног већа тужилаца, када се први пут бирају на ту функцију. После истека трогодишњег мандата, заменике јавног тужиоца бира Државно веће тужилаца за трајно обављање функције. Иако је Државно веће тужилаца орган који треба да обезбеђује самосталност јавних тужилаца и њихових заменика, оно практично представља орган Народне скупштине. Наиме, од укупно 11 чланова, на чак девет њих непосредан утицај врши Народна скупштина: она бира осам изборних чланова а девети члан је председник надлежног одбора Народне скупштине, који у састав Државног већа тужилаца улази по положају (чл. 164 Устава). Иако се овде не ради о формалноправној несагласности ЗКП са Уставом, законодавац није водио рачуна о легитимности, као једном од критеријума за успостављање рационалног правног система.³¹ Јавно тужилаштво се према Уставу потчињава извршној власти, а нови ЗКП преноси на њега овлашћења независног судског органа.

²⁹ М. Грубач, „Странпутице и замке тужилачке истраге“ у: *Међународна научна конференција „Правни систем и друштвена криза“*, Правни факултет Приштина - Косовска Митровица, 22.06.2011. године, 241.

³⁰ С. Бркић, „Неусклађеност Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године са другим прописима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 3/2014*, 177.

³¹ Концепт рационалног права садржи четири компоненте: ефикасност, ефективност, економичност и легитимност. Више о томе вид. код Снежане Бркић, „О неким приступима рационалности у праву“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду 1-3/1996*, 244-253.

(12) Резимирајући критичка разматрања одредаба новог ЗКП о уређењу истраге, можемо констатовати да је направљено неколико основних концепцијских грешака, од којих су најтеже две: а) истрага се сматра делом опште кривичнопроцесне форме иако не постоје сви основни процесни субјекти; б) на доказним радњама тужиоца, па чак и полиције, може се заснивати судска пресуда, услед чега су значајно поткопана начела контрадикторности и непосредности на главном претресу. Поред тога, могу се истаћи и следеће примедбе: статус осумњиченог у истрази; могућност покретања истраге и против непознатог учиниоца кривичног дела; низак стандард доказаности и његово неадекватно дефинисање; неадекватно формулисање циљева истраге; непостојање контроле тужиоачеве наредбе о спровођењу истраге; неадекватно одређивање рока за доношење наредбе о спровођењу истраге; необавештавање осумњиченог и браниоца о истрази одмах након њеног отварања; неефикасно обезбеђивање доказа у корист одбране; опасност од извитоперења тужилачке истраге у полицијску; преношење истражне функције на орган потчињен извршној власти.

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

A Critical Review of the Organization of Investigation in the 2011 Criminal Procedure Code of Serbia

***Abstract:** At first, the author presents the arguments in favor of judicial and prosecutorial model of investigation. The main subject-matter of this paper is critical analysis of the prosecutorial model of investigation in Code of criminal procedure of Serbia from 2011. The main conclusion of this analysis is that legislator made two fundamental errors: a) investigation is the part of the general criminal procedural form; b) some exceptions from the principle of directness allow evidentiary actions taken in the investigation stage or pre-investigation proceedings to be considered equal to the actions undertaken in trial.*

In addition, some other provisions on investigation are also subjected to criticism: person who has been subject to investigation has the status of suspect; there is a possibility that public prosecutor opens investigation against unknown perpetrator of a crime; low evidentiary standard and its inadequate definition; inadequate formulation of investigation aims; absence of control of prosecutorial order of conducting the investigation; inadequate determination of time for opening the investigation; absence of duty to inform the suspect about prosecutorial order of conducting the investigation; ineffective providing for evidence in favor of defense; a danger of distortion the prosecutorial investigation in police investigation; transmission of investigating function to organ which is submitted to executive power.

***Key words:** code of criminal procedure, investigation, suspect, basis of doubt, order of conducting the investigation*

Датум пријема рада: 11.09.2015.

