

СТРУЧНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 30.05.2018.
Ревидирана верзија: 04.10.2018.
Рад прихваћен: 17.10.2018.

UDK: 343.102:343.163(497.11)

ПРИРОДА И ОДЛИКЕ ИСТРАГЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Мирјана Ристић Везенковић¹

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

У раду су анализиране законске одредбе о уређењу јавнотужилачке истраге, којом је замењена судска истрага коју је спроводио истражни судија, иначе традиционални модел у историји српског кривичног поступка. Објашњени су законски услови за покретање истраге, субјекти истраге, форма и доказна снага радњи доказивања које органи поступка предузимају у истрази. На бази те анализе и уочених карактеристика дефинисане су опште одлике и правна природа истраге. Уочени су недостаци покретања јавнотужилачке истраге који доводе у питање уставност таквог законског решења и право осумњиченог на приступ суду. У раду је заузет аргументован став да је у погледу могућности прикупљања доказа у корист одбране, осумњичени у изразито инфериорном положају у односу на јавног тужиоца, па се не може сматрати да је поступак правичан. На концепцијском плану критиковано је законско решење којим се доказима које у истрази изведе јавни тужилац или полиција признаје иста доказна снага као да су изведени пред судом уз поштовање начела непосредности и контрадикторности.

Кључне речи: претхотни кривични поступак, јавнотужилачка истрага, јавни тужилац, доказне радње.

1. Увод

Реформу кривичног процесног законодавства из 2011. године карактеришу две најзначајније и суштински радикалне промене кривичног

¹ risticm85@yahoo.com.

поступка: (1) уместо судске уведена је јавнотужилачка истрага и (2) главни претрес је уређен на адверзијалном принципу. Међутим, иако је номинално одређен субјект који покреће и спроводи истрагу, у стручним и научним радовима води се расправа о природи истраге (Шкулић, Илић, 2012: 56–59), (Бејатовић, 2013: 139–141), из чега се види актуелност теме. Предмет расправе у овом раду биће само првопоменути радикални захват законодавца.

Приликом објашњења природе истраге треба поћи од услова за њено покретање и субјекта који одлучују о њеном покретању и који је спроводе. Објашњење услова за њено покретање треба да разграничи истрагу од делатности органа кривичног гоњења које јој претходе. Са друге стране, субјект односно орган коме се поверава истрага у доброј мери одређује природу делатности које чине садржину саме истраге. У истрази, наиме, могу учествовати само органи гоњења, што претпоставља да ће се истрага састојати од делатности које одговарају оперативној ефикасности ових органа, или се може предвидети и учешће суда, у мањој или већој мери, што изискује уређење форме процесних радњи суда. Међутим, треба имати у виду да одстрањење суда из истраге или његова пасивизација у домену доказних радњи не искључује могућност да и делатности других органа буду формализоване. Даље треба сагледати да ли се у истрази предузимају процесне радње, пре свега доказне радње и у којој форми, што је темељ да истрага буде неформална или формална фаза. Истом циљу треба да послужи и сагледавање почетка кривичног поступка и сврхе истраге: од момента у којем започиње кривични поступак зависи да ли је истрага његов структурални елемент, а од сврхе истраге зависи које радње ће у њој бити предузимане.

Укратко, полазиште је да субјекти истраге, форма процесних радњи, моменат кад поступак почиње и сврха истраге одређују њену природу и типичне одлике.

2. Услови за покретање истраге

За покретање истраге у Законику о кривичном поступку² предвиђена су два услова: (1) основи сумње су материјални услов, а (2) наредба надлежног јавног тужиоца о покретању истраге представља формални услов.

² Законик о кривичном поступку Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014), у даљем тексту ЗКП.

(1) Материјални услов је један, али је различито одређен зависно од тога да ли се истрага покреће против познатог или непознатог учиниоца. Ако је осумњичени познат, потребно је да постоје основи сумње да је одређено лице извршило неко конкретно кривично дело (чл. 295 ст. 1 тач. 1), што значи да је материјални услов везан и за дело и за учиниоца. У ситуацији кад је учинилац непознат, јавни тужилац може покренути истрагу ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело (чл. 295 ст. 1 тач. 2), у ком случају се материјални услов односи само на кривично дело.

Према теоријским схватањима и законским одредбама, основи сумње су најнижи степен уверења о кривичном делу и чиниоцу. То није нека лична произвољна сумња, него сумња која се мора заснивати на подацима и доказном материјалу који су прибавили органи који врше функцију кривичног гоњења (полиција и јавни тужилац).

Може се запазити да је у односу на раније законско решење, када је истрага била судска, снижен степен сумње потребан за покретање истраге, јер су уместо основане сумње сада довољни основи сумње. Тиме су изједначени законски услови за покретање предистражног поступка, који је неформалан и претходи истрази, и услови за покретање истраге, која је по закону фаза формалног кривичног поступка. Снижавање тзв. „чињеничног супстрата“ за покретање истраге, изазвало је теоријске и стручне критике из више разлога. Пре свега, решење је нелогично јер поступак треба да се развија и креће унапред, да се од једне до наредне фазе оствари напредак у откривању и расветљењу кривичног дела и учиниоца. Затим, ако се има у виду природа предистражног и истражног поступка, њихова сврха и карактер радњи које се у њима предузимају и субјекти надлежни за њихово предузимање, закључак је да исти степен сумње не може бити услов за покретање преткривичног (предистражног) и кривичног поступка (Бејатовић, 2010: 31). На практичном плану такво решење компликује садржину и форму одлука о одређивању притвора пре покретања истраге, пошто је за одређивање притвора потребан виши степен сумње (основана сумња) него за покретање истраге. На крају, због изједначавања материјалног услова за покретање предистражног поступка са материјалним условом за поретање истраге, није јасно када јавни тужилац по закону може, односно мора да покрене истрагу, што „ствара латентно поље за арбитражно кривично гоњење, уместо услова за примену начела легалитета“ (Ђурђић, 2016: 178).

(2) Истрага се покреће одлуком јавног тужиоца у форми наредбе (чл. 296 ст. 1), која се јавља као формални услов за покретање истраге. Законом

је прописан обавезни садржај³ ове формалне одлуке јавног тужиоца, из чега произилази намера законодавца да истрага буде формална фаза кривичног поступка, без обзира на то што је јавнотужилачка. Међутим није јасан рацио законских одредаба о достављању наредбе, јер се не доставља окривљеном одмах након њеног доношења да се упозна за шта се терети, како би могао да реализује своју одбрану. У закону је прописано да се достављање врши ако је учинилац познат и да наредбу о покретању истраге јавни тужилац доставља осумњиченом и његовом браниоцу, и то „заједно са позивом, односно обавештењем о првој доказној радњи којој могу присуствовати“ (чл. 297 ст. 1). Изгледа као да је достављање наредбе законски услов да јавни тужилац предузме било коју доказну радњу којој одбрана може присуствовати. С тим у вези, може се запазити да закон допушта да јавни тужилац тактизира и да ту доказну радњу планира за крај, кад истрага буде фактички завршена, па окривљени до самог краја неће ни знати да је против њега покренута истрага (Бркић, 2016: 83), чиме се спречава реализација одбране. Управо због тога, неким ауторима се чини као да су законописци концепцијски осмислили тајну истрагу јавног тужиоца (Ђурђић, 2016: 179), која би требало да буде препуштена историји јер је карактеристична за инквизициони тип кривичног поступка који је одавно превазиђен.

Док одредбе о достављању наредбе о покретању истраге против познатог осумњиченог имају некакву сврху, те одредбе немају никакав смисао кад се истрага покреће против непознатог учиниоца. У том случају још постоји опасност по правичност поступка јер би након доношења наредбе јавни тужилац, истина, уз претходно одобрење судије за претходни поступак, такође могао да предузима доказне радње којима не може да присуствује осумњичени јер је у том тренутку непознат.

Окривљени нема право жалбе суду против наредбе јавног тужиоца о покретању истраге. Није прописано ни правно средство којим би окривљени иницирао преиспитивање наредбе о покретању истраге од стране вишег јавног тужиоца. Зато се с правом поставља питање шта је уопште сврха доношења било какве формалне одлуке о спровођењу истраге, ако се ради о одлуци против које није дозвољена жалба (Шкулић, 2010: 65). То што окривљени нема никакво правно средство којим би се заштитио од неоснованог или незаконитог кривичног гоњења, доводи у питање право осумњиченог на приступ суду и право на правно средство (Илић, 2016: 542), која представљају основна људска права гарантована

³ У наредби о спровођењу истраге се морају навести: лични подаци осумњиченог ако је познат, опис дела из кога произлазе законска обележја кривичног дела, законски назив кривичног дела и околности из којих произилазе основи сумње (чл. 296. ст. 3. ЗКП).

Уставом и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Пре свега, тиме је доведена у питање уставност законских одредаба о покретању истраге, зато што је Уставом свакоме гарантовано право да суд „расправи и одлучи о основаности сумње која је била разлог за покретање поступка” (чл. 32 ст. 1 Устава).

(3) Већ је речено да се истрага може покренути и против непознатог учиниоца. Мада се то могло очекивати, за покретање истраге против непознатог учиниоца нису предвиђени никакви посебни услови. Као и кад се покреће против познатог осумњиченог, потребно је да постоје основи сумње да је извршено кривично дело, што је материјални услов, и да јавни тужилац донесе наредбу о спровођењу истраге, што представља формални услов. Никаквих других услова нема. Кад постоје основи сумње, остављено је јавном тужиоцу да по слободном нахођењу одлучи да ли ће у предистрази предузимати потражне радње са циљем да открије учиниоца да је извршио кривично дело, или ће донети наредбу о спровођењу истраге и спроводити истрагу са истим циљем. И у истрази против непознатог учиниоца јавни тужилац има могућност да предузима доказне радње, уз претходно одобрење судије за претходни поступак, а изведени докази се могу користити у даљем поступку и бити чињенична основа пресуде, па је тако онемогућено окривљеном да учествује у поступку који се против њега води и да реализује своја права, пре свега право на одбрану. У току и после спроведене истраге против непознатог учиниоца нису прописане гаранције за заштиту права окривљеног. Најпре, није прописано да се поставља бранилац по службеној дужности, што је обавеза органа поступка кад се окривљеном суди у одсуству (Кнежевић, 2014: 66). Затим, нема прописаних правила која би омогућила и гарантовала окривљеном да у каснијим фазама поступка унакрсно испита сведоке и вештаке. Ови груби недостаци уређења истраге оштро су критиковани (Бејатовић, 2010: 97, 98), а начелно гледано недопустиво је да се савремени кривични поступак води против непознатог учиниоца (Бркић, 2016: 9).

3. Субјекти истраге

Истрагу покреће и спроводи „надлежни јавни тужилац”,⁴ а то може бити основни или виши јавни тужилац на чијем подручју је извршено кривично дело. У законнику није одређен рок у коме се истрага мора покренути, већ је прописан један посредни рок везан за предузимање доказних радњи.

⁴ Законик о кривичном поступку предвиђа и могућност да се законом одреди једно јавно тужилаштво као истражни центар, у коме би се спроводила истрага за више јавних тужилаштава, али још увек нису основани (чл. 298. ст. 2).

Наиме, јавни тужилац доноси наредбу о спровођењу истраге „најкасније у року од 30 дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела” (чл. 296 ст. 2). У којој мери је наведени рок обавезујући постоје различита мишљења. Једни сматрају да је идеја законодавца да омогући довољно времена за одлуку јавног тужиоца хоће ли доказну радњу полиције „ауторизовати или ће одбити њену ауторизацију” (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2013: 685). Други у предузимању било које доказне радње од стране полиције виде могућност да полиција „присили” јавног тужиоца да покрене истрагу, без обзира на то да ли и он оцењује да има места за покретање истраге, што је противно забрани сваког утицаја на рад јавног тужилаштва, установљеној Законом о јавном тужилаштву⁵ (Илић, 2012: 164). Према трећем гледишту и у случају кад је полиција предузела неку доказну радњу јавни тужилац самостално оцењује да ли су се стекли законски услови за покретање истраге, па може одбацити кривичну пријаву или покренути истрагу (Бркић, 2016: 89), а оба рока, и фактички рок одређен описно „пре или непосредно после прве доказне радње” и рок од 30 дана су инструкционог карактера (Шкулић, 2013: 94). Ово последње гледиште сматрамо прихватљивим ако се имају у виду принципи уређења кривичне тужбе и чињеница да закоником нису прописане никакве последице по поступак ако јавни тужилац покрене истрагу после истека рока од 30 дана.

Поред јавног тужиоца у истрази могу учествовати и други субјекти, са различитим улогама и овлашћењима. Постоје субјекти којима јавни тужилац може поверити предузимање доказних радњи у истрази, субјекти који могу пружати помоћ јавном тужиоцу у вршењу истраге, субјекти који могу присуствовати доказним радњама, и на крају, у истрази може учествовати и судија за претходни поступак.

У ситуацијама кад се укаже потреба да доказну радњу треба предузети на подручју другог суда, надлежни јавни тужилац може поверити предузимање те радње јавном тужиоцу који поступа пред судом на чијем подручју треба предузети доказну радњу. Јавни тужилац коме је поверено предузимање доказне радње може да предузме и друге доказне радње које са овим стоје у вези или из њих проистичу. Он не може да донесе одлуку о прекиду а још мање о обустави истраге. Једино може уступити предмет јавном тужиоцу надлежном за предузимање поверене му доказне радње, кад протумачи да није надлежан за предузимање те радње.⁶

⁵ Чл. 5. ст. 2. Закона о јавном тужилаштву.

⁶ Види члан 299. ст. 2. и 3. ЗКП.

Поред јавног тужиоца коме надлежни јавни тужилац повери предузимање неке доказне радње, у истрази се као орган поступка може појавити и полиција. Наиме, надлежни јавни тужилац „може поверити полицији извршење појединих доказних радњи”, али да би имале доказну снагу, полиција их мора предузети „у складу са одредбама законика”.⁷ Ово овлашћење је непрецизно формулисано па није јасно на које законске одредбе упућује, на које доказне радње се односи и под којим условима. Закон не ограничава ни врсту ни број доказних радњи које се могу поверети полицији, па се може закључити да полицији може бити поверена свака доказна радња, чак и оне које полиција није овлашћена да предузима у предистражном поступку, као и да јавни тужилац може полицији поверити једну или више доказних радњи. Неки аутори у непостојању ових лимита виде опасност да се у пракси јавнотужилачка истрага претвори у полицијску (Ђурђић, 2017: 70). Док је истрага била судска, полицији су повереване две истражне радње – претресање стана и привремено одузимање предмета, као типичне полицијске радње.⁸ Напослетку, сваку од поверених процесних радњи полиција мора да предузме у законом прописаној форми за ту радњу, да би добијени резултати имали доказну снагу.

У предузимању доказних радњи могу учествовати неки субјекти а да немају улогу органа кривичног поступка, већ субјекта који пружа помоћ. Учешће тих субјеката је предвиђено у ситуацијама када је јавном тужиоцу потребна форензичка, аналитичка или каква друга помоћ полиције или помоћ других државних органа у вези са спровођењем истраге. Јавни тужилац има овлашћење да од њих затражи помоћ, а ти органи су дужни да је пруже (чл. 298. ст. 4).

У истрази учествује као процесни субјект и одређени функционални састав кривичног суда иако истрага није судска, само што су његова овлашћења рестриктивно постављена у односу на јавног тужиоца. Наиме, у истрази се може јавити судија за претходни поступак у улози: (1) контролора законитости ове фазе поступка, (2) органа који одлучује о мерама за обезбеђење присуства окривљеног и (3) који предузима доказне радње којима се задире у права учесника поступка (Бркић, 2016: 85), чему треба додати (4) улогу органа који одлучује о предузимању доказних радњи у корист окривљеног, кад јавни тужилац одбије његов доказни предлог или уопште по њему не поступи и (5) улогу органа који одлучује о споразуму странака о признању кривичног дела. Судија за претходни поступак може се појавити само у овим процесним ситуацијама ако се

⁷ Члан 299 ст. 4. ЗКП.

⁸ Види чл. 246. ст. 3. Законика о кривичном поступку из 2001.

стекну законске претпоставке, а то значи да у неким истрагама уопште неће ни учествовати.

На крају, поједини субјекти, као што су осумњичени, његов бранилац и оштећени, у истрази могу учествовати путем присуства одређеним доказним радњама. Та овлашћења су им дата у циљу остваривања функције коју иначе у поступку имају, о чему ће датаљније бити говора у излагању о предузимању доказних радњи у истрази.

4. Доказне радње у истрази – форма и доказна снага

После доношења наредбе јавни тужилац приступа спровођењу истраге, у чијој суштини је предузимање доказних радњи. Јавни тужилац је овлашћен да предузме све доказне радње које су по његовом мишљењу потребне да прикупи доказни материјал потребан за подизање оптужбе и да се оствари сврха истраге у целини. Ради се у ствари о свим радњама доказивања прописаним закоником о кривичном поступку, а то су саслушање окривљеног, испитивање сведока, вештачење, увиђај, реконструкција кривичног догађаја, доказивање исправом и посебне доказне радње. Неке од тих доказних радњи може јавни тужилац сам да предузме а неке само уз садејство суда. Да би предузео претресање стана и све посебне доказне радње потребна му је одлука суда, зато што се овим радњама значајно ограничавају основна људска права и слободе.

Сваку доказну радњу јавни тужилац мора да предузме у законом прописаној форми за ту радњу, да би имала доказни кредибилитет. Зато се може закључити да је истрага строго формална фаза кривичног поступка, а не нека неформална фаза којом руководи јавни тужилац у којој он прикупља потребне податке и други доказни материјал потребан за покретање судског кривичног поступка, какво је уређење у англоамеричком моделу кривичног поступка. Поред тога, из одредаба о одступању од начела непосредности⁹ може се закључити да све доказне радње које јавни тужилац предузме у истрази сагласно закону, имају исту доказну снагу као да су предузете на главном претресу, па могу бити чињенична основа пресуде. Нови законик садржи исте оне одредбе које су важиле за истражног судију, по којима су се могли читати искази сведока и вештака које су они дали истражном судији, што начелно није могуће нити је оправдано (Шкулић, 2010: 66). Тиме су са судским доказима изједначени докази до којих дођу полиција и јавни тужилац предузимањем доказних радњи у предпретресним фазама поступка, што противречи адверзијалном уређењу главног претреса а доводи у питање и правичност

⁹ Види члан 406. ЗКП.

поступка, јер докази које изведе јавни тужилац као једна странка постају аквизиција поступка.

Упркос преласку на расправни модел, јавни тужилац у нашем поступку задржао је досадашњи положај „непристрасног” заштитника закона (Бајовић, 2014: 160). Јавни тужилац је дужан да непристрасно разјасни сумњу о кривичном делу за које спроводи процесне радње, и да са једнаком пажњом испита „чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист”.¹⁰ Исту такву обавезу има и полиција. Међутим, овакво законско решење није примерено адверзијалном кривичном поступку, у коме је адверзијални тужилац „строго пристрасан” и као странка лично заинтересован „за победу у виду осуђујуће пресуде” (Бајовић, 2014: 160). Оно противречи и логици успешног и ефикасног обављања функције кривичног гоњења, па се зато у адверзијалним системима и сматра да полиција и тужилаштво не мисле да је њихова дужност да прикупљају доказе који ће указати да су пронашли „погрешног човека” (Jackson, 1988: 559). Питање је колико су и у нашем поступку полиција и јавни тужилац спремни да раде против себе тако што ће „непристрасно” доказивати да кривично гоњење осумњиченог није основано, кад се зна да се и њихови резултати мере осуђујућим пресудама.

И присуство доказним радњама у истрази остало је регулисано као да је истрага и даље судска. Окривљени, његов бранилац и оштећени и даље имају право да присуствују доказним радњама без обзира на то што их сада у истрази предузима јавни тужилац. Да би реализовали та своја права, прописано је да се на саслушање осумњиченог позива његов бранилац, а остали поменути субјекти се позивају, односно обавештавају о месту и времену испитивања сведока и вештака или спровођења увиђаја. Неприсуствовање ових субјекта спровођењу доказне радње не спречава да јавни тужилац предузме ту радњу нити умањује њену доказну снагу. Током присуства неким од тих радњи, они могу да предложе јавном тужиоцу да ради разјашњења ствари постави питања сведоку или вештаку, а по дозволи јавног тужиоца могу постављати питања и непосредно. Имају и право да захтевају да се у записник унесу њихове примедбе у погледу предузимања доказне радње којој присуствују и могу да предложе прикупљање других доказа.¹¹ Присутвом ових процесних субјеката спровођењу доказних радњи и у јавнотужилачкој истрази обезбеђује се тзв. страначка јавност (општа јавност је по природи ствари искључена у истрази), која има као главну сврху контролу органа поступка. Међутим, тиме се не успоставља равноправност странака у истрази нити

¹⁰ Члан 6. ст. 4. ЗКП.

¹¹ Види члан 300. ЗКП.

се надомешта начело контрадикторности пошто окривљени по правилу поставља питања преко јавног тужиоца који их не мора прихватити, а осумњичени у истрази нема право ни на унакрсно испитивање сведока оптужбе.

У погледу доказа који могу бити у корист одбране, поред оних доказа који се обезбеђују путем „непристрасне” истраге, закоником су предвиђена и два посебна механизма: (1) прикупљање доказног материјала у корист одбране¹² и (2) предузимање доказних радњи у корист одбране.¹³

Први механизам је успостављен прописивањем овлашћења за окривљеног и његовог браниоца да могу самостално прикупљати доказни материјал у корист одбране. Окривљени и његов бранилац имају право: (а) да разговарају са лицем које им може пружити податке корисне за одбрану и да од тог лица прибављају писане изјаве и обавештења, уз његову сагласност; (б) да улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или просторе повезане са станом, уз пристанак њиховог држаоца; (в) да од физичког или правног лица преузму предмета и исправе и прибаве обавештења којима оно располаже, уз његову сагласност, као и уз обавезу да том лицу издају потврду са пописом преузетих предмета и исправа. Бранилац и осумњичени немају право да прикупљају податке и писани доказни материјал од оштећеног и од лица која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца.

Оваква законска регулатива сматра се нормативном разрадом теоријске концепције тзв. паралелне истраге, без обзира на то што се у закону тај израз не помиње (Шкулић и др. 2012: 52). Управо због такве концепцијске оријентације упућују јој се бројне критике. Најпре, та наводно установљена права окривљени би имао и да нису прописана Закоником о кривичном поступку. Затим, окривљени по закону није овлашћен да изводи доказе, тј. да испитује сведоке или вештаке. И кад би био овлашћен окривљени и његов бранилац да изводи доказе, поставља се питање да ли су уопште оспособљени за то, а пре свега који би окривљени имао материјалне могућности да ангажује детективе и компетентне адвокате да реализује извођење доказних радњи у своју корист. Очито би то могао мали, незнатан број богатих окривљених којима новац не би била препрека (Шкулић и др. 2012: 53). И они аутори који не сматрају да овај механизам представља „паралелну истрагу” критикују кредибилност овог механизма прикупљања доказа у корист одбране. Ако се пође од идеје да се желело да се озакони припрема сведока одбране, што је дозвољено и редовно се

12 Чл. 301. ЗКП.

13 Чл. 302. ЗКП.

примењује у класичном адверзијалном моделу кривичног поступка, то у нашем поступку не би било могуће јер би се та припрема сматрала утицајем на сведоке, што је предвиђено као основ за притвор. Наведеним нормама кредибилитет одузима и експлицитно законско искључење доказне снаге предузетих радњи осумњиченог и његовог браниоца (Ђурђић, 2017: 67). У законнику је прописано да се писане изјаве и обавештења која осумњичени и његов бранилац добију од презумптивних сведока могу користити само за проверу веродостојности њихових исказа или за доношење одлуке да та лица јавни тужилац или суд испита као сведоке.¹⁴ То значи да подаци добијени од презумптивних сведока немају снагу доказа. Независно од доказне снаге, основни недостатак регулативе је што нема прописаних формалности потребних да се обезбеди веродостојност прикупљених изјава и другог доказног материјала. На бази наведених аргумената општи закључак би био да окривљени од овог механизма неће имати неке користи а установљена „права“ не доводе окривљеног у равноправан положај са противном странком, па овај механизам не чини поступак правичнијим.

Другим механизмом у ствари је законом установљена доказна иницијатива окривљеног, како би се колико-толико поправио дебаланс у положају странака на штету окривљеног, пошто јавни тужилац у истрази одлучује и спроводи доказне радње. Механизам се састоји у овлашћењу осумњиченог и његовог браниоца да предложи јавном тужиоцу предузимање одређене доказне радње кад сматрају да је потребно ту радњу предузети. Ако јавни тужилац одбије њихов предлог или о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак, који је дужан да одлуку о томе донесе у року од осам дана. Могућа је двојака одлука, да се предлог за извођење доказне радње усвоји или одбије. Одлуком којом усваја предлог, судија за претходни поступак налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одређује му рок у коме треба да то учини.¹⁵

И ово законско решење подвргнуто је критици, највише зато што је у његовим темељима идеја да суд мора по сваку цену остати доказно неактиван. Најпре, није логично да се окривљени као једна странка обраћа противној странци да предузме доказне радње у корист одбране. За такво решење се сматра да не звучи реално и остварљиво, а понајмање правично (Шкулић, 2010: 54). Питање коректног и објективног спровођења доказне радње у корист одбране још више се заоштрава кад ту радњу јавни тужилац треба да предузме по налогу суда. Наиме, чак и кад

14 Чл. 301. ст. 4. ЗКП.

15 Види члан 302. ЗКП.

прихвати да изврши одлуку суда, он треба да предузме доказну радњу чије предузимање сматра непотребним, само зато што је на то приморан, па је још више нелогично да у тој ситуацији једна странка „са ентузијазмом врши радње у корист противне странке” (Шкулић, 2010: 55). Мана је и то што не постоји законом прописани механизам да судија за претходни поступак примора јавног тужиоца да предузме било коју доказну радњу коју му својом одлуком наложи. Нема никаквих прописаних последица ако јавни тужилац неће да изврши налог суда да предузме неку доказну радњу у корист одбране. У том случају, одбрани једино остаје притужба вишем јавном тужиоцу, али се у делотворност овог правног средства не можемо уздати. Фундаментални недостатак механизма предузимања доказних радњи у корист одбране лежи у концепцији положаја суда у домену доказивања а посебно у претходном стадијуму кривичног поступка. Сва законодавства која познају јавнотужилачку истрагу, као што је немачко, аустријско, црногорско, хрватско и др., предвиђају да суд у истрази предузима оне доказне радње код којих прети опасност од одлагања и тзв. инцидентне доказе. Зато је било рационално и концепцијски исправно прописати да уместо налога јавном тужиоцу судија за претходни поступак доноси одлуку и сам предузима доказну радњу која је предложена у корист одбране.

5. Природа и одлике истраге

Да би се одредила природа истраге, поред услова за њено покретање, субјеката који је покрећу и спроводе, као и форме и врсте радњи које чине њену садржину, о чему је напред детаљно излагано, потребно је још сагледати одредбе о почетку кривичног поступка и одредбе којима је уређена сврха истраге.

Почетак кривичног поступка значајан је за одређивање природе истраге јер од њега зависи да ли је истрага део формалног кривичног поступка или није. Доскора је почетак кривичног поступка био појам који је искључиво одређивала теорија кривичног процесног права. О почетку кривичног поступка постоје различита гледишта (Ђурђић, 2014: 146), која су условљена општим типом кривичног поступка и схватањем самог појма кривичног поступка. Иако је то превасходно теоријско питање, српски законодавац се определио да законски дефинише почетак кривичног поступка, али је тај моменат одредио као да је истрага и даље судска. Прописао је да редовни кривични поступак почиње или „доношењем наредбе о спровођењу истраге” или „потврђивањем оптужнице којој

није претходила истрага”,¹⁶ а да скраћени кривични поступак почиње „доношењем решења о одређивању притвора пре подношења оптужног предлога” и „одређивањем главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције”.¹⁷ Иако је ова законска дефиниција почетка кривичног поступка критикована са теоријског становишта, ипак се мора узети у обзир приликом одређивања природе истраге. Из дефиниције се види, кад се ради о редовном кривичном поступку, да се почетак кривичног поступка везује за почетак истраге. То значи да је истрага у структури кривичног поступка, један њен део, једна фаза, па је она зато фаза формалног кривичног поступка.

И сврха истраге утиче на њену природу, јер као сврха истраге може бити одређено да је у њој прикупљен доказни материјал на основу кога ће тужилац одлучити о подизању оптужбе, или да је сврха да се у њој изводе докази који могу бити чињенична основа пресуде. Зависно од тога, истрага може бити неформална или део формалног кривичног поступка. И одредбе о сврси истраге остале су исте као кад је истрага била судска: „У истрази се прикупљају докази и подаци који су потребни да би се могло одлучити да ли ће бити подигнута оптужница или обустављен поступак, докази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца, докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, као и други докази који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним”.¹⁸ Очито да сврха истраге није да се само омогући одлука јавном тужиоцу да ли ће подићи оптужницу, него и да се обезбеде докази који могу бити чињенична основа пресуде, па зато истрага мора бити формална.

Из претходног излагања о почетку кривичног поступка и сврси истраге може се закључити да је истрага по својој природи структурални елемент кривичног поступка, тј. фаза формалног кривичног поступка. Одлука о покретању истраге у искључивој власти је јавног тужиоца и једино овај државни орган спроводи истрагу. По том критеријуму истрага је јавнотужилачка, али у извесној мери има елементе тужилачко-полицијске истраге, пошто у спровођењу истраге може учествовати и полиција ако јој предузимање појединих доказних радњи повери јавни тужилац. Мада је законом прописано да бранилац и осумњичени могу у току истраге прикупљати доказни материјал у корист одбране, не може се сматрати

¹⁶ Члан 7. ст. 1. тач. 1. и 2. ЗКП.

¹⁷ Члан 7. ст. 1. тач. 3. и 4. ЗКП.

¹⁸ Члан 295. ст. 2. ЗКП.

да је уведена тзв. „паралелна истрага” јер недостају одговарајући правни механизми.

На основу анализе законских одредаба о уређењу истраге може се рећи да истрага има следеће одлике:

- Истрага се покреће само за дела за која се гони по службеној дужности за која је прописана казна затвора до осам година.

- Истрага се може водити само против пунолетних учинилаца кривичних дела. У поступку према малолетницима води се припретни поступак пред судијом за малолетнике (Бркић, 2016: 80).

- За покретање истраге потребан је најнижи степен уверења о делу и учиниоцу – основи сумње, што значи да је прописан исти услов као за покретање предистражног поступка.

- Истрага се по правилу води против одређеног лица за одређено кривично дело, али се може покренути и водити против непознатог учиниоца кривичног дела, па се и у том погледу не разликује од предистражног поступка.

- Иако је јавнотужилачка а не судска, истрага је строго формална. Покреће се формалном одлуком, тј. наредбом јавног тужиоца (Шкулић, 2010: 65), против које није допуштена жалба суду. Све доказне радње јавни тужилац је дужан да предузима у законом прописаној форми, као да су судске. Истрага је формална и у погледу присуства окривљеног, браниоца и оштећеног доказним радњама које се у истрази спроводе, у погледу прекида и обуставе истраге (Ђурђић, 2014: 276).

- Докази прибављени и изведени у истрази могу се користити и у даљим фазама кривичног поступка, и у крајњем могу бити чињенична основа пресуде.

- Истрага није обавезна фаза кривичног поступка. Јавни тужилац у редовном кривичном поступку одлучује на основу доказног материјала из предистражног поступка да ли ће спровести истрагу или подићи непосредну оптужбу. У скраћеном поступку истраге уопште и нема.

- Примарна сврха истраге је прикупљање доказа да јавни тужилац одлучи хоће ли подићи оптужбу или обуставити поступак, односно да се утврди идентитет учиниоца. Секундарна је сврха истраге да се прибаве докази који не трпе одлагање, као и докази од користи за даљи поступак и пресуђење.

6. Закључак

Последњом реформом кривичног процесног законодавства установљена је јавнотужилачка истрага, са циљем да се убрза кривични поступак и побољша његова ефикасност. Специфичност новелирања је у томе што су из старог законика преузете скоро све одредбе о истрази, углавном неизмењене, са незнатним интервенцијама, само је истражни судија замењен јавним тужиоцем. Оваквим законодавним поступком, уместо нове концепције, настала је јавнотужилачка истрага али уређена као да је судска.

Зато што је формализована као да је и даље врши истражни судија и зато што концепцијски није усклађена са адверзијалним главним претресом, настала су погрешна или неприхватљива решења. Непрописивањем судске заштите, онемогућено је уставом гарантовано право приступа суду и право на правно средство. Стварањем могућности да се истрага води и против непознатог учиниоца, онемогућено је будућем окривљеном да учествује у кривичном поступку који се води против њега и самим тим да реализује своје право на одбрану. Концепцијски је недостатак снижење уверења о делу и учиниоцу на најнижи степен – основе сумње, што је исти материјални услов као за покретање предистраге, тако да је препуштено слободној процени јавног тужиоца да ли ће покренути истрагу, чиме се стварају услови за арбитарно поступање. Уређењем истраге као строго формалне фазе и прописивањем да докази које у истрази изведу јавни тужилац или полиција имају исту доказну снагу као да су изведени на главном претресу пред судом, значајно је погоршан положај окривљеног и доводи се у питање правичност тако уређеног поступка. Сви ти недостаци и концепцијске недоследности нису валидна нормативна основа за остваривање начела правичног поступка.

Листа референци

- Бајовић, В. (2014). *Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка*. У: Илић, Г. (ур.). Реформа кривичног права. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије;
- Бејатовић, С. (2010). *Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге*. Ревиија за криминологију и кривично право, 2(XLVIII). 23–39;
- Бејатовић, С. (2013). *Концепт истраге и нови ЗКП РС*. У: С. Бејатовић (ур.). Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична

примена. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу. 131-144;

Бејатовић, С. (2014). *Кривично процесно право*, Београд: Службени гласник;

Бркић, С. (2010). *Критички осврт на прву главу радне верзије Нацрта ЗКП Србије од 14. 9. 2010. године*. Ревизија за криминологију и кривично право. 2(XLVIII). 71-93;

Бркић, С. (2016). *Кривично процесно право – II*, Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду;

Ђурђић, В. (2010). *Редефинисање класичних процесних појмова у Преднацрту ЗКП из 2010. године*, Ревизија за криминологију и кривично право. 2(XLVIII). 3-22;

Ђурђић, В. (2014). *Кохерентност процесног законика као претпоставка ефикасног кривичног поступка*. У: *Право и друштвена стварност*. (Научни скуп са међународним учешћем). Косовска Митровица: Правни факултет у Приштини (са привременим седиштем у Косовској Митровици). 271-286;

Ђурђић, В. (2014). *Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)*. У: Јовановић, И. и Петровић Јовановић, А. (Ур.) *Тужилачка истрага – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*. Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији. 139-151;

Ђурђић, В. (2016). *Неопходност преуређења претпретресних фаза кривичног поступка Србије*. У: Илић, Г. (ур.). *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије*. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије. 168-202;

Ђурђић, В. (2017). *Кривично процесно право – Посебни део*, Ниш: Правни факултет у Нишу;

Грубач, М. (2011) *'Нове установе и нова решења ЗКП од 26. септембра 2011. г'*, Правни записи, 2;

Илић, Г. Мајић, М. Бељански, С. и Трешњев, А. (2013). *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд: Службени гласник;

Илић, И. (2016). *Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка*. У: *Европске интеграције и казно законодавство*. (редовно годишње саветовање Удружења, на Златибору). Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу. 536-549;

Jackson, J.D. (1988). *Two Methods of Proof in Criminal Procedure*. The Modern Law Review. 5(LI). 549–568;

Кнежевић, С. (2014). *Суђење у одсуству окривљеног*. Зборник радова Правног факултета у Нишу, 66(LII). 89–104;

Шкулић, М. (2009). *Кривично процесно право*, Београд.

Шкулић, М. (2010). *Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку Србије*, Ревивија за криминологију и кривично право. 2(XLVIII). 41–70.

Шкулић, М. Илић, Г. (2012). *Како је пропала реформа – Шта да се ради?*. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије.

Шкулић, М. Илић, Г. (2012). *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад“*, Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије;

Васиљевић, Т. (1971). *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд: Завод за издавање уџбеника.

THE NATURE AND CHARACTERISTICS OF PROSECUTORIAL INVESTIGATION IN SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE

Mirjana Ristić Vezenković

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The paper analyzes the legal provisions on the regulation of prosecutorial investigation proceedings, initiated by the public prosecutor's office, which replaced the judicial investigation carried out by the investigating judge, as the traditional model deeply rooted in the history of Serbian criminal procedure. The author elaborates on the legal conditions for initiating the prosecutorial investigation, the role of the subjects in the investigation, and the form and probative force of evidence-gathering actions undertaken by the procedural authority during the investigation. Based on this analysis and the observed characteristics, the paper discusses the general aspects and the legal nature of prosecutorial investigation. The author has also noted the shortcomings in the process of launching the inquiry by the public prosecutor's office, which calls into question the constitutionality of such a legal solution and the suspect's right of access to justice. The author argues

that, in terms of the possibility of gathering evidence in favor of the defense, the position of the suspect is particularly inferior in relation to the public prosecutor's position; thus, the proceedings cannot be considered fair. At the conceptual level, the author criticizes the legal solution stipulating that the evidence presented by the public prosecutor or the police is given the same probative force as if the evidence was adduced before a court, in compliance with the principle of immediacy and contradiction.

Keywords: pre-trial criminal proceedings, prosecutorial investigation, public prosecutor, evidence-gathering actions.