

ГЛАСНИК

АДВОКАТСКЕ КОМОРЕ ВОЈВОДИНЕ

ЧАСОПИС ЗА ПРАВНУ ТЕОРИЈУ И ПРАКСУ

Година LXXXII
Књига 70

Нови Сад, децембар 2010
Број 12

ЧЛАНЦИ

UDC 343.131.2

Проф. др Момчило Грубач

ОДРЕДБЕ О ОРГАНИЗАЦИЈИ ПРЕТХОДНОГ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА НАЦРТА ЗКП СРБИЈЕ ИЗ АПРИЛА 2010. ГОДИНЕ УПОРЕЂЕНЕ СА ОДГОВАРАЈУЋИМ ОДРЕДБАМА ИТАЛИЈАНСКОГ ЗКП*

САЖЕТАК: У Србији се ужурбано припрема нови Законик о кривичном поступку, трећи по реду у последњих десетак година. Као и његов неуспешни претходник, ЗКП из 2006. године, који је после дугог оклевања стављен ван снаге, а да у пракси никад није био примењен, и нови Законик би требало да у нашу правосудну праксу уведе неке процесне установе засноване на идејама англо-америчке правне културе. Међу тим установама најзначајнија је нова организација претходног кривичног поступка у коме би данашња судска истрага постала делатност јавног тужиоца и полиције, дакле, делатност административних органа. Тај трансплантацијски експеримент од самог почетка је праћен великом конфузијом и неразумевањем. У реформу се ушло са слепим веровањем да ће она решити неке од најважнијих тешкоћа које данас имамо у кривичном поступку, мада се у почетку није довољно знало ни како нови модел несудског претходног кривичног поступка функционише у праву из кога се преузима, ни са којим ће се тешкоћама после увођења суочити у нашем праву. Када се увидело да се нови истражни модел не може преузети без адаптације, приступило се хибридни решењима и прилагођавању оригинала условима домаће стварности, које по мишљењу аутора, прете да угрозе неке од основних принципа традиционалног кривичног поступка.

* Рад примљен: 05. 01. 2011. године.

Италија је била прва европска држава која је још пре више од две деценије спровела један такав експеримент, који се са аспекта успешности још не може дефинитивно оценити. Он је у Италији изазвао озбиљне сукобе између тамошњих судова и парламента, и трвења између новог (пресађеног) и наслеђеног кривичног процесног права. Временом су те почетне тешкоће ипак савладане уз неколико интервенција Уставног суда и парламента који је више пута мењао Закон, па чак једном и сам Устав. Аутор у овом раду даје упоредно-правни приказ норми ЗКП Италије из 1988. године које се односе на организацију претходног поступка и одговарајућих одредаба Нацрта новог ЗКП Србије, надајући се да би та анализа могла корисно да послужи при коначној редакцији новог ЗКП Србије.

Кључне речи: Нацрт ЗКП Србије (2001), тужилачка истрага, италијански ЗКП (1988), докази, циљ истраге, појам кривичног поступка, истражне радње, доказна снага истражних радњи, контрола оптужбе, расправни и истражни списи

1. Законик о кривичном поступку из 2001. год. донео је крупне и значајне промене у односу на претходни Закон из 1976. године, тако да је наш кривични поступак од тада у потпуности постао усклађен са савременим општеприхваћеним правним стандардима у области људских права и другим условима нове друштвене стварности. Ипак, већ тада је било наговештено доношење новог законика, образложено потребом реформе претходног кривичног поступка, која би се састојала у преношењу постојеће судске истраге у надлежност других, несудских субјеката, да би кривични поступак постао бржи и ефикаснији. Већ тада је било речено да је та реформа неизбежна, али да је за извесно време треба одложити да би се стекли потребни услови за њено спровођење. Први службени наговештај те идеје налази се у Националној стратегији реформе правосуђа од 25. маја 2006. године. У том документу Владе Републике Србије стоји: *„Република Србија ће постепено увести систем којим се ограничава улога истражних судија, тужиоци ће преузети одговорност за прикупљање доказа да би се омогућило ефикасније процесуирање кривичних случајева”*. Остављајући по страни рђав стил и језик којим је написан овај исказ и правописне грешке које садржи, види се да је већ у то време била донета политичка одлука о реорганизацији истражног поступка иако изгледа да писци Стратегије још нису имали сасвим јасне представе о томе како та реформа треба да изгледа: истражни судија неће бити укинут (као што ће се на крају ипак десити), већ ће његова делатност бити ограничена; тужиоци (јавни) ће „преузети одговорност за прикупљање доказа”, што се може тумачити на два различита начина: да ће јавно тужилаштво преузети одговорност за прикупљање доказа који су му потребни за подизање оптужнице (а не за доношење пресуде у будућем кривичном поступку) и обрнуто, да ће оно прикупљати и доказни материјал који ће имати пуну доказну снагу у будућем кривичном поступ-

ку. Каснија операционализација ових начелних опредељења Стратегије показала је да се мислило на другу од две напред поменуте могућности. Одмах после усвајања Стратегије и у литератури и у законодавству се почело говорити о „тужилачкој истрази” и о „доказима” изведеним у тој истрази који могу бити коришћени као докази у даљем кривичном поступку и судској пресуди. На том становишту је био и неуспели ЗКП из 2006. године, донет скоро у исто време кад и Стратегија („Сл. гласник РС”, бр. 46. од 2. јуна 2006. године)¹ и најновији Нацрт ЗКП од 14. септембра 2010. год. који се припрема у истом циљу, да уведе „тужилачку истрагу”.

Да ли је нова, несудска истрага, заиста тужилачка истрага, као што се она код нас претежно схвата, и да ли су „докази” стечени у тој истрази употребљиви у судском кривичном поступку за доношење судске пресуде главна су питања којима ћемо се у овом прилогу бавити. При томе, основ за наше закључке и за критику одредаба Нацрта црпићемо из решења италијанског ЗКП (СРР) који је међу првима у Европи, пре више од две деценије (1988. године),² по узору на англоамерички кривични поступак, прихватио „тужилачку”, а нешто касније „страначку” истрагу, уместо судске.³

2. Циљ нове истраге дефинисан је у члану 301. став 2. Нацрта.⁴ Као основни циљ истраге означено је прикупљање доказа и података да би се могло оценити да ли ће тужилац подићи оптужницу или обуставити поступак. Истрази су, међутим, дати и други циљеви који се свODE на обезбеђивање несметаног тока главног претреса, ако до главног претреса дође, где спада и прикупљање доказа за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, као и других доказа који могу бити од користи за поступак а чије се извођење показује целисходним. Овако је могао бити дефинисан циљ судске истраге (в. члан 241. став 2. важећег ЗКП), али не и нове „тужилачке” истраге. Прво, део одредбе који омогућује извођење доказа који се на главном претресу више не би могли извести морао је бити прецизиран и допуњен условима под којима се ти докази у истрази морају извести: на доказном рочишту, пред судијом за претходни поступак и у процесној форми. Друго, извођење доказа корисних за каснији поступак у новој истрази, мислимо, да не долази у обзир. То не може да буде циљ нове несудске истраге, јер природно место за извођење

¹ Тај Законик није дочекао да буде примењен у судској пракси и стављен је ван снаге Законом о изменама и допунама ЗКП од 3. септембра 2009. године.

² Тај је Закон после тога више пута мењан и допуњаван, последњи пут 23. маја 2008. године.

³ Законом бр. 397. од 7. децембра 2000. год. дато је и одбрани право да предузима истражне радње у претходном поступку.

⁴ Иако стоји под истим насловом („сврха истраге”) став 1. тог члана се односи на сасвим друго питање.

доказа је само судски главни претрес, а не тужилачка истрага. У тој истрази се могу прикупљати, али по правилу не и изводити докази.

У члану 326. италијанског ЗКП сврха „тужилачке” истраге, тј. „претходних истраживања” одређена је овако: „У оквиру својих овлашћења, јавни тужилац и правосудна полиција спроводе истраживања неопходна за вршење кривичног гоњења”. Дакле, у тој истрази се не изводе никакви докази за будући кривични поступак, већ предузимају истражне радње (међу њима и оне којима се откривају и прикупљају докази) неопходне за вршење кривичног гоњења учинилаца кривичних дела. Разлика између једног и другог схватања је велика и из ње произлазе многе друге исто тако крупне и значајне последице.

3. Према Нацрту ЗКП Србије јединствени кривични поступак започиње са три фазе (које одговарају преткривичном и претходном кривичном поступку). То су: предистражни поступак (глава XV), истрага (глава XVI) и оптужење (глава XVII).⁵ Предистражни поступак (који обухвата одредбе о кривичној пријави, о поступању јавног тужиоца са кривичном пријавом и о овлашћењима полиције) одговара данашњем предкривичном поступку и више је полицијски него тужилачки поступак, за разлику од истраге која је формално тужилачка делатност, с тим што јавни тужилац све њене радње може поверити ради извођења органима полиције. Деоба овог поступка на предистражни поступак и истрагу нема много смисла и оправдања. Та деоба има смисла кад је истрага судска делатност, да би се одвојила од административног предкривичног поступка који је несудска делатност. Када је и истрага несудска (административна) делатност, нема никакве потребе да се одваја од полицијских извиђаја који имају исту (несудску) правну природу. На другој страни, нова несудска природа истражног поступка захтевала би обавезно поделу кривичног поступка на административни претходни поступак (са судском контролом оптужног акта) и чисто судски главни поступак. Нацрт ту поделу не предвиђа, иако због разлике у правној природи својих стадијума кривични поступак више не може да остане јединствена целина.

Италијански ЗКП са разлогом не познаје више фаза претходног кривичног поступка, већ само једну коју назива „претходна ис-

⁵ ЗКП БиХ не одваја претходни поступак од главног, већ излаже ток јединственог кривичног поступка који започиње са истрагом (гл. XIX) и наставља се са поступком оптуживања (глава XX), главним претресом (глава XXI) итд. — ЗКП Хрватске говори о два стадијума кривичног поступка: претходном поступку и главном поступку (расправа и пресуда), с тим што претходни поступак садржи одредбе о казненом прогону (кривична пријава, поступак са кривичном пријавом, извиди и доказне радње које не трпе одлагање), одредбе о истрази и одредбе о оптуживању. — ЗКП ЦГ има одредбе о току јединственог кривичног поступка који започиње са извиђајем, а наставља се истрагом, подизањем оптужнице и преиспитивањем оптужнице итд. — Македонски ЗКП има посебан одељак о претходном поступку у који спада: предистражни поступак (глава XX), истражни поступак (глава XXI) и поступак оптуживања (глава XXII).

траживања”. Будући да је исте (несудске) правне природе, претходни кривични поступак је јединствен.

4. Из ове разлике проистичу даље крупне последице. Према Нацрту нашег новог ЗКП истрага треба да остане саставни део кривичног поступка, као што је била и до сада, иако ће потпуно променити своју правну природу, од судске постаће административна делатност. Српски законодавац нема у виду да се променом истражног модела мења и досадашње схватање појма и обима кривичног поступка. Нова несудска истрага престаје да буде део кривичног поступка у правом смислу речи. И у новој организацији она ће остати кривични поступак, али у једном другом, ширем или неправом смислу, за разлику од главног поступка који остаје кривични поступак у правом смислу речи.⁶ Због тога, опет не без разлога, италијански законодавац говори о „претходним истраживањима”, а не о истрази, па тако тај поступак деформализује и јасно одваја од формалног кривичног поступка у правом смислу речи. Тај се поступак према својој правној природи може упоредити са нашим досадашњим преткривичним поступком и биће велика грешка ако га законодавац поистовети са данашњом судском истрагом.

5. Из овога проистичу и многа друга потпуно неприхватљива решења у Нацрту новог ЗКП Србије. Тако нпр. у поменутој одредби члана 301. став 2. Нацрта четири пута је поменута реч „доказ”, без икаквих ограда, тако да се има схватити у процесно-правном смислу, тј. да је реч о доказу који је употребљив и за судску пресуду иако је изведен у несудској истрази. Осим тога, на неколико других места је посебно наглашено да ће се резултати појединих истражних радњи (саслушања осумњиченог, испитивања сведока и сл.) сматрати доказима у будућем судском поступку (в. одредбу члана 295. став 4). При томе Нацрт не прави разлику да ли је „доказну радњу” предузео јавни тужилац или полиција. Радње и једних и других органа имају третман доказних радњи. Нацрт чак има и општу одредбу према којој „докази које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи у предистражном поступку могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка ако су доказне радње спроведене у складу са овим закоником” (члан 293. став 2. Нацрта).

Супротно томе, италијански ЗКП радњама предузетим у претходним истраживањима у принципу не признаје својство доказа у кривичном поступку.⁷ То је лако разумљиво ако се има у виду да су

⁶ Шире о томе в. наше радове *Схватање појма кривичног поступка* у Законику о кривичном поступку Србије, „Гласник Адвокатске коморе Војводине”, 10–11/2006, стр. 531–545. и *Тужилачка истрага и појам кривичног поступка* у Законику о кривичном поступку Србије из 2006. године (Споменица Николи Матовском, на македонском).

⁷ Тако и Antoinette Perrodet, у *European Criminal Procedures*, Cambridge University Press 2002, р. 380. Радње претходнога истраживања имају природу претпроцесне делатности јер се проводе пре покретања кривичног поступка и по правилу остварују

у питању радње које су предузете у једном другом циљу и то од стране административних органа. Ако према уставу грађанин има право да му суди независни суд и ако се суђење састоји не само од примене права, већ и од утврђивања чињеница, онда све радње на којима ће се засновати судска пресуда у начелу морају бити изведене од стране суда или бар пред судом који ће пресуду изрећи. И основна начела акузаторског поступка налажу да докази употребљиви за доношење судске одлуке буду изведени непосредно од стране судећег суда на контрадикторан начин. Изузетак су радње предузете на доказном рочишту које је посебно регулисано у одредбама чл. 392—404. СРР. С обзиром на то да делатност коју предузима јавни тужилац нема доказни значај, може се указати потреба да се у току претходних истраживања морају предузети радње чије се предузимање не може одложити до главног претреса. Због тога СРР предвиђа доказно рочиште као изузетну установу, с обзиром на то да је главни претрес природно место за извођење доказа. Изузетност ове установе је одређена у члану 392. чије одредбе изричито прописују случајеве у којима се поједини докази могу извести на доказном рочишту. То се рочиште држи пред судијом кад треба прибавити исказ сведока за кога се основано претпоставља да неће моћи да буде саслушан на главном претресу због болести или неке друге тешке сметње или исказ сведока који ће вероватно бити подвргнут насиљу, претњи или подмићивању да не би сведочио или да би дао лажан исказ, као и у неким другим сличним случајевима. Законик садржи детаљне одредбе о лицима која могу захтевати доказно рочиште, о подношењу захтева и одлучивању о захтеву, претпоставкама за одржавање рочишта, току поступка на рочишту, употребљивости доказа прибављених на доказном рочишту итд. На главном претресу се могу употребити докази прибављени на доказном рочишту само ако је бранилац оптуженог присуствовао њиховом извођењу (члан 403. став 1). За доказно рочиште, на коме се антиципирано изводе докази, кључна је одредба члана 401. став 5, према којој се докази изводе на седници већа уз пуно остварење принципа контрадикторности.

Нацрт новог ЗКП Србије доказно рочиште и не спомиње (због тога што се доказима сматрају и радње предузете од стране полиције и јавног тужиоца мимо услова за држање доказног рочишта). ЗКП из 2006. год. је имао одредбе и о доказном рочишту и о доказној снази радњи које су изведене ван рочишта, не од судије, већ од полиције или јавног тужиоца. Те су одредбе биле потпуно нелогичне и збуњујуће, јер су признавале исту доказну вредност радњама предузетим од стране судије на доказном рочишту и радњама предузетим од стране полиције и јавног тужиоца ван доказног рочишта,

свој циљ унутар тог стадијума (Maria Grazia Coppetta, *Талијански казнени процесуал*, у редакцији Б. Павишића, Ријека 2002, у коментарима уз књигу пету).

па се постављало питање зашто ангажовати судију кад се исти резултат може постићи и без њега. И уместо да се одустане од инсистирања на доказној вредности полицијских и тужилачких радњи које су предузете у претходном поступку у Нацрту се касније одустило од доказног рочишта.⁸

6. Погрешно схватање да је нова „тужилачка“ истрага део кривичног поступка у правом смислу речи и да се у њој могу изводити докази и за будућу судску пресуду довело је до тога да су приређивачи новог ЗКП потпуно напустили појмове „истражна радња“ и „истраживање“ и заменили их доследно појмовима „доказна радња“ и „доказ“. Та је замена била потпуно погрешна. У првом реду због тога што се у новој истрази заиста предузимају само истражне радње, тј. радње претходног истраживања, као што их назива италијански законодавац, а не доказне радње у процесно-правном смислу речи, а и због тога што се под тај термин не могу подвести све радње које се предузимају у истрази (нпр. радње обезбеђења и провере доказа и др.). То што се поједине од тих истражних радњи предузимају на исти начин као и доказне радње у кривичном поступку (нпр. саслушавање окривљеног) не уводи се са циљем да им се обезбеди доказна вредност, већ да се осигурају људска права испитаника, али и без тога, снабдевање радњи које се предузимају изван судског поступка од стране несудских органа процесном формом није у стању да промени њихову правну природу и да их претвори у праве судске доказне радње. Истина, тако су поступили и други законодавци у региону (нпр. хрватски и црногорски), али не и македонски.⁹ То је учињено да би се подвукла идеја да нова „тужилачка“ истрага треба да обезбеди и доказе за будућу судску пресуду, чак и више него што је то било могуће у ранијој судској истрази.

7. Иако истрага престаје бити део формалног кривичног поступка, у новом претходном поступку окривљени и његова одбрана морају имати шансу да прибављају доказе у своју корист, једнако као друга странка будућег кривичног поступка, јавни тужилац. Осим „тужилачке“ истраге мора, дакле, постојати и могућност истражне делатности браниоца, тј. „бранилачка истрага“. Овде није реч о принципу „једнакости оружја“ процесних странака, јер странака у правом смислу речи још и нема, већ о стварању реалних предуслова за спровођење тога принципа у будућем судском поступку. За разлику од ЗКП из 2006. год. који такву могућност уопште није пред-

⁸ Доказно рочиште познаје и нови хрватски ЗКП (чл. 235—238) и нови црногорски ЗКП (члан 269). Одредба црногорског ЗКП о том рочишту, са називом „судско обезбеђење доказа“, смештена је у одељак о извијају, а не у одељак о истрази.

⁹ Према члану 295. новог ЗКП Македоније у току истраге јавни тужилац предузима *истражне радње*, и то: претресање, привремено обезбеђивање и одузимање ствари или имовине, испитивање осумњиченог, испитивање сведока, одређивање вештачења, увиђај и реконструкција и посебне истражне мере.

виђао Нацрт има одредбе о „прикупљању доказа од стране одбране” (члан 307), али су те одредбе више него скромне.

Предвиђено је само да осумњичени и његов бранилац имају начелно право да самостално прикупљају доказе у корист одбране, али потребне радње не могу да предузимају сами већ посредством јавног тужиоца. Ако јавни тужилац одбије предлог одбране или о њему не одлучи у одређеном року, предлог за извођење доказа одбрана може поднети судији за претходни поступак који, ако га усвоји, налаже јавном тужиоцу да предложено радњу предузме у одређеном року. Ако јавни тужилац то ипак не учини, ту радњу ће на нови предлог осумњиченог или његовог браниоца предузети судија за претходни поступак или ће наложити да то уради полиција (!?). Предвиђени поступак је сувише компликован, дуготрајан, неефикасан и недовољан.

Италијански законик има о томе много сврсисходније и потпуније одредбе у члановима 327, 391bis, 391ter, 391quarter, 391sexies, 391septies, 391octies, 391nonies и 391decies. Према одредбама тих чланова бранилац окривљеног се може посаветовати (*conferire*) са лицима која су у стању да му саопште околности корисне за циљеве истражне делатности. Примање тих обавештења одвија се путем незабележеног разговора. Бранилац од таквог лица може да затражи писану изјаву, коју ће забележити на прописани начин. Лице које даје изјаву бранилац мора претходно да обавести о сврси разговора, о праву да ускрати изјаву, о забрани да открије питања која му је пре тога постављао јавни тужилац или полиција и своје одговоре на та питања, као и о кривичној одговорности за давање лажног исказа. Прикупљању обавештења не могу да присуствују осумњичени (*la persona sottoposta alle indagini* — лице подвргнуто истраживању), оштећени и друга приватна лица. Ако лице које има сазнања корисна за циљеве бранилачке истраге одбије да исказује, бранилац може захтевати да га саслуша јавни тужилац, који о томе захтеву треба да одлучи у року од седам дана. Саслушању се не може подврћи осумњичени у том или другом поступку. Уместо обраћања јавном тужиоцу бранилац може да затражи спровођење доказног рочишта.

Осим тога, бранилац може да од органа јавне управе тражи исправе којима ти органи располажу, као и њихов препис или копију о свом трошку. Бранилац има право да обави преглед места и ствари да би их описао и извршио техничка, графичка, просторна, фотографска или аудиовизуелна снимања. Ако је потребно приступити приватним просторима или просторима који нису отворени за јавност а нема дозволе од стране њиховог држаоца, приступ одобрава судија на захтев браниоца, образложеном наредбом којом одређује и начин њеног извршења. Приступ стамбеним просторијама и њима припадајућим стварима није допуштен, осим ако је потребно утврдити трагове и материјалне доказе кривичног дела.

8. Нацрт новог ЗКП Србије има и озбиљне недостатке у погледу систематике. Део други будућег Законика који се односи на ток поступка садржи пет глава: глава XV *Предистражни постоупак* (са одељцима: А. Кривична пријава и Б. Овлашћења органа предистражног поступка); глава XVI *Истрага* (са одељцима: А. Основне одредбе и Б. Споразуми јавног тужиоца и окривљеног); глава XVII *Оптужење*; глава XVIII *Главни претрес и пресуда* и глава XIX *Постоупак по правним лековима*. Основни недостатак ове систематике је у томе што два стадијума кривичног поступка, претходни поступак и главни поступак нису одвојени један од другог, иако се они одвајају и у литератури и у законодавству. Последица тога је формирање погрешног утиска да је циљ кривичног поступка јединствен и непроменљив и да су све његове фазе исте правне природе, иако је први стадијум чисто административне, а само други судске природе. Посебно је проблематична структура главе XVI, јер ако постоје „основне одредбе” о истрази требало би очекивати да су на неком другом месту дате и неке допунске или посебне одредбе о тој делатности. Много је боља систематика важећег Законика према којој је ток поступка подељен на: А. Преткривични поступак, Б. Претходни поступак који се дели на истрагу и стављање окривљеног под оптужбу (оптужница и приговор против оптужнице), В. Главни претрес и пресуда и Г. Поступак по правним лековима. Сада би шема тока кривичног поступка требало да изгледа овако: А. Претходни поступак (који обухвата истрагу и стављање окривљеног под оптужбу, тј. подизање и контролу оптужнице), Б. Главни поступак и В. Поступак по правним лековима.

9. Глава XVII Нацрта има наслов „Оптужење”. Поред одредаба о подизању оптужнице у њој се налазе и врло важне одредбе о поступку судске контроле подигнуте оптужнице. Према тим одредбама оптужницу која је прописно састављена председник ванрасправног већа доставља окривљеном који има право да поднесе писани одговор у року од осам дана од дана достављања оптужнице. Свака оптужница (не само она на коју је окривљени одговорио) подлеже судској контроли. Циљ је да се пре ступања на снагу прелиминарно утврди да ли је тужилац скупио довољно доказа, односно да ли је његов оптужни акт основан и да се спречи неосновано извођење окривљеног на главни претрес. Одговор окривљеног није обавезан, нити је услов за испитивање оптужнице. Контролу врши ванрасправно веће, по службеној дужности, у седници и без присуства странака. Веће може да донесе неколико различитих одлука: да суд коме је поднета оптужница огласи ненадлежним; да нареди јавном тужиоцу да истрагу допуни или да је спроведе, ако она није вођена, односно приватном тужиоцу да прикупи одређене доказе; да донесе решење о издвајању записника или обавештења која се по закону морају издвојити из списка; да решењем одлучи да нема места оптужби и обустави кривични поступак, односно да решењем одбије

оптужбу (члан 344). Ако не донесе ниједну од напред поменутих одлука веће ће својим решењем оптужницу потврдити.

Ново уређење ове фазе поступка не представља никакво суштинско унапређење у односу на досадашње стање, али је извесно да ће суд оптеретити огромном количином посла који до сада није имао, будући да ће се контролисати свака оптужба, а не само она против које окривљени поднесе приговор. Досадашње испитивање оптужнице поводом приговора окривљеног обављано је рутински и није давало скоро никакве резултате, управо због тога што је тај поступак текао без странака и без икакве контрадикторности. Насупрот томе, у упоредном праву овој фази поступка поклања се са разлогом изузетна пажња. Та фаза поступка обично има свој посебан орган (оптужно веће, веће за оцену оптужбе или сл.), своје посебно рочиште, страначку јавност, пуну контрадикторност итд. Тако на пример, према италијанском СРР, кад јавни тужилац поднесе захтев за упућивање окривљеног на суђење (*richiesta di rinvio a giudizio* — члан 405. став 1), који у ствари има значај и садржину оптужног акта, суд заказује тзв. претходно рочиште (*udienza preliminare*). Поступак на том рочишту представља гаранцију да окривљени неће бити без основа оптужен и изведен пред суд. У ствари, најважнија функција тога рочишта је да буде „филтер” који ће спречавати ступање на правну снагу неоснованих оптужница. Истовремено оно служи и за одређивање врсте поступка који ће се у датом случају водити, омогућујући тако избор посебних поступака без главног претреса, посебно скраћеног поступка.¹⁰ Претходно рочиште се држи или пред судијом појединцем или пред већем тројице судија (*camera di consiglio*), у зависности од врсте кривичног дела, и у присуству странака, окривљеног, оштећеног и јавног тужиоца. Странке претходно могу разгледати списе претходних истраживања у писарници суда. Јавни тужилац може у међувремену да предузима допунска истраживања чији се резултати дају на увид одбрани, а окривљени може да тражи непосредно суђење све до три дана пре седнице.

Рочиште се одржава уз обавезно суделовање јавног тужиоца и браниоца окривљеног (члан 420). У расправи окривљени може давати изјаве према свом слободном нахођењу и захтевати да буде испитан према правилима *cross examination*. Ако судија сматра да може одлучити на основу „стања списка”, тј. на основу писаних поднесака и прибављених исправа, издаје налог којим одређује суђење или проглашава пресуду да нема места даљем поступку. Ако међу-

¹⁰ Кривични поступак може започети и улагањем посебног оптуженог акта предвиђеног за посебне, скраћене поступке (*procedimenti speciali*). Према СРР посебни поступци су: 1) скраћено суђење (*giudizio abbreviato*), 2) примена казне по захтеву странака (*applicazione della pena su richiesta delle parti*), 3) убрзано суђење (*giudizio direttissimo*), 4) непосредно суђење (*giudizio immediato*) и 5) декретни поступак (*procedimento per decreto*).

тим, судија сматра да не може одлучити на основу „стања списка”, може упутити јавног тужиоца да предузме даља истраживања (члан 421. bis) или по службеној дужности одредити извођење доказа за које верује да су одлучујући за одбијање оптужбе (члан 422). Након извођења доказа јавни тужилац и бранилац излажу своје закључке. Судија издаје налог којим одређује упућивање на суђење или изриче пресуду да нема места даљем поступку. У току претходнога рочишта допуштена је измена оптужбе и њено проширење новим кривичним делима окривљеног.

Према законима о кривичном поступку неких држава ово рочиште има и друге задатке и циљеве: да странке предоче доказе које намеравају изводити на главном претресу и да се окривљени изјасни о кривици (ЗКП Хрватске и ЗКП Македоније).

Састављачи Нацрта су били пред дилемом за које од два могућа рочишта се одредити: за оптужно рочиште у претходном поступку или припремно рочиште за главни претрес. Учинио им се да обадва не долазе у обзир, јер будући да су јавна за странке и контрадикторна, сувише би оптеретили поступак. Одредили су се за припремно рочиште које се држи по завршетку претходног поступка пред председником већа за главни претрес у присуству странака и оштећеног и на коме се оптужени изјашњава о оптужби (да ли је признаје или оспорава — члан 354), а странке и оштећени предлажу и образлажу доказе које „намеравају да изведу на главном претресу”, уз претњу да касније неће моћи да изводе оне доказе који су им били познати а на том рочишту их неоправдано нису предложили (члан 355). Резон је био погрешан. Видели смо напред да нешто од онога што се постиже на припремном рочишту за главни претрес може бити остварено и на рочишту у претходном поступку, тј. на рочишту за испитивање оптужнице. О оптужници би се оптужени са истим ефектом могао изјашњавати и на главном претресу, а због предлагања доказа нема смисла установљавати посебно рочиште, јер предлог доказа једна странка (тужилац) већ је навео у својој оптужници (члан 337. став 1. тач. 5), а друга странка (окривљени) не би могла у том погледу да буде никако дисциплинована, а да се не доведе у питање њено основно право на одбрану, које захтева да јој се омогући да доказе у своју корист подноси у току читавог поступка, без икаквих препрека и ограничења. Према италијанском СРП странке су дужне да пре главног претреса доставе допис с именима сведока, вештака и техничких саветника чије саслушање намеравају да траже на главном претресу. Због свега тога, наш би законодавац требало да пружи предност рочишту за испитивање оптужнице и да то рочиште учини важном и контрадикторном фазом кривичног поступка, а да припремање главног претреса, као и до сада, препусти председнику већа, с тим што се неки важни послови припремања главног претреса могу обавити и на рочишту за испитивање оптужнице, ако оптужница на том рочишту буде потврђена.

10. За разлику od ostalih zakona o krivičnom postupku (italijanskog, hrvatskog, makedonskog i drugih) Naцрт нашег будућег Zakоника нема одредбе o „обликовању списка за главни претрес”. Из тога следи закључак да у том погледу неће бити никаквих промена у односу на досадашње стање, тј. да ће се спис формиран у несудској истрази достављати судећем суду да би га он даље водио као спис судског главног претреса. Спис остаје јединствен. За разлику од тога, италијански ЗКП налаже већу за претходно рочиште да одмах после издавања налога за суђење у контрадикторном поступку и уз присуство јавног тужиоца и браниоца приступи образовању расправног списка који се шаље расправном судији. Члан 431. СРР одређује шта у тај спис улази по сили закона и а шта према споразуму странака. Истражни спис јавног тужиоца који се предаје писарници на располагању је странкама, али не и расправном суду; у њему остају сви поднесци који не улазе у расправни спис (изгледа да би тада постале сувишне одредбе нашег законика о издвајању из списка незаконитих доказа и записника о обавештењима датим полицији). У списе главног претреса улазе записници оних радњи предузетих у претходном поступку које су непоновљиве (*atti non repetibili*) и записници о радњама које су обављене у циљу обезбеђења доказа (*l'incidente probatorio*). Остала грађа, пре свега записници о радњама које се на главном претресу могу поновити остају у истражном спису јавног тужиоца. На тај начин садржина списка јавног тужиоца (који садржи материјал који није уврштен у расправни спис) позната је странкама, али не и судији који суди на главном претресу. Формирање судских списка је чворна тачка у поступку, јер обезбеђује извођење доказа на главном претресу и спречава да се судећи судија упозна са материјалом претходног истраживања. В. и члан 344. мakedонског ЗКП и члан 36б. хрватског ЗКП.

Све то ипак не значи да се материјал истраге који није унет у расправни спис у одређеним случајевима и под одређеним условима никако не може користити на главном претресу. Током доказног поступка подаци из тог списка могу се употребити за делимично или потпуно оповргавање садржине исказа датог на главном претресу ако се он разликује од исказа исте странке или истог сведока датог у току претходних истраживања. Искази који су прочитани ради оповргавања могу се узети у обзир приликом оцене веродостојности сведока (члан 500. став 2), не и у меритуму. Кад постоје докази да је сведок био подвргнут насиљу или претњи, или да му је понуђен или обећан новац да не би сведочио или да би лажно сведочио, његов исказ садржан у спису јавног тужиоца из претходног поступка може се прочитати и приложити расправном спису. Допуштено је коришћење резултата доказних радњи које су предузете од стране правосудне полиције, јавног тужиоца, браниоца и судије за претходно рочиште иако је поновно извођење тих радњи на главном претресу постало немогуће због околности које су накнадно насту-

пиле а нису се могле предвидети у време извођења радње. Исто тако, на претресу се могу читати и искази „некоперативног” оптуженог (одсутног, одбеглог или оног који одбија да се подвргне контрадикторном саслушању). На крају, странке могу у расправни спис и споразумно унети доказе из списка јавног тужиоца и одбране (члан 493. став 3).

11. Италијански законодавац је од почетка упорно инсистирао на забрани употребе доказног материјала прикупљеног у претходном поступку од стране правосудне полиције и јавног тужиоца. Томе су се, све до измена Устава из 1999, оштро супротстављали и судови опште надлежности и Уставни суд, тврдећи да те одредбе ЗКП иду на штету установљавања истине. Спор је решен тек усвајањем уставног амандмана који је предвидео забрану да се оптужени осуди на основу несудског исказа сведока који није био подвргнут унакрсном испитивању на главном претресу. Од те забране биле су допуштена само напред наведена одступања. Осим те забране, уставни амандман садржи дословно преузете одредбе члана 6. Европске конвенције о људским правима, које поред осталог садрже и право оптуженог да се на главном претресу суочи са сведоцима оптужбе. Тако је у праксу италијанског кривичног поступка поново уведена забрана да се на главном претресу читају искази из претходног поступка. Од тада је и Уставни суд Италије на становишту да се на главни претрес не сме пропустити материјал из претходног поступка.¹¹

Насупрот италијанском законодавцу, српски законодавац (онај из 2006. год.) и приређивачи Нацрта из 2010. заузели су сасвим супротну почетну позицију. Они не само да омогућују, него на неки начин и подстичу употребу несудских доказа из претходног поступка на главном претресу и у судској пресуди. Каква ће бити реакција Уставног суда Србије, ако буде донет такав закон, остаје тек да се види. То, поред осталог, показује да наш законодавац нема потпуно јасне представе са којим циљем улази у ову реформу кривичног процесног законодавства. Да је хтео страначки обликован кривични поступак (акузаторски уместо мешовитог) и раскид са традицијом према којој се главни претрес своди на проверу резултата претходног поступка,¹² заузео би сасвим другачији став. Овако нас је оставио у дилеми, шта је овом реформом намеравао да постигне.

¹¹ О тој борби између италијанског парламента и судства, види изврсни приказ проф. М. Дамашке, *Судбина англо-америчких процесних идеја у Италији*, „Хрватски летопис за казнено право и праксу”, 1/2006, стр. 11.

¹² То би био једини могући циљ ове реформе, а убрзање поступка је од ње илузорно очекивати. Убрзање се може постићи нарочито увођењем разних врста скраћених поступака.

PROVISIONS ABOUT THE ORGANIZATION OF PRELIMINARY CRIMINAL PROCEDURE (ACCORDING TO THE DRAFT LAW ON CRIMINAL PROCEDURE OF APRIL 2010 COMPARED WITH THE PROVISIONS OF THE ITALIAN LAW ON CRIMINAL PROCEDURE)

Professor Momčilo Grubač, Ph.D.

S u m m a r y

The new Law on Criminal Procedure, third in a row in the last ten years, is being hastily prepared in Serbia. Like its unsuccessful predecessor, the Law on Criminal Procedure from 2006, which was canceled after long hesitation, and was never applied in practice, the new Law should also introduce in our case law certain procedural institutions based on the ideas of the common-law legal culture. The most important feature among these institutions is the new organization of the preliminary criminal procedure in which the current court investigation would become the activity of a public prosecutor and police, i.e., activity of administrative authorities. This transplantation experiment has been followed by a great confusion and lack of understanding from the start. The reform has started with an unreasonable belief that it will solve some of the most important difficulties that we have today in the criminal procedure, although it was not clear enough how did the new model of the non-court preliminary criminal procedure work in the law from which it was taken from or what kind of difficulties would occur in our law after we introduce it. When it became evident that the new investigation model cannot be introduced without adaptation, the new hybrid solutions were made, and the original was adapted to the domestic conditions, which in the author's opinion, threaten to endanger some of the basic principles of the traditional criminal procedure.

Italy was the first European country that made such an experiment more than two decades ago, which cannot yet be definitely appraised from the aspect of efficiency. In Italy it provoked serious conflicts between their courts and parliaments, and frictions between new (transplanted) and inherited criminal procedural law. Those preliminary difficulties have been overcome though time by several interventions of the Constitutional court and parliament, which had amended the law several times, and the Constitution itself. In this paper the author gives a comparative-legal review of the provisions of the Criminal Procedural Law from 1988 that relate to the organization of the preliminary procedure and correspondent provisions of the draft new Law on Criminal Procedure of Serbia, hoping that this analysis may be useful for the final review of the new Serbian Law on Criminal Procedure.

Keywords: Draft Law on Criminal Procedure of Serbia (2001), prosecutor's investigation, Italian Law on Criminal Procedure (1988), evidence, investigation target, concept of criminal procedure, investigation activities, accusation control, trial and investigation files