

Мср Пе̄шар Цве̄шковић,
адвокат у Новом Саду

РАЗВОЈНИ ПРАВЦИ ИСТРАЖНОГ ПОСТУПКА И ИСТРАГЕ*

САЖЕТАК: Аутор кроз рад приказује неке од карактеристика тужилачког модела истраге који је актуелан у Републици Србији, уз осврт на развојни пут истраге на тлу европског континента и уједно у Републици Србији и земљама чији је она правни следбеник. Полази се од момента увођења мешовитог система у истражни поступак на тлу Европског континента. Кроз развој истраге приказују се и положаји окривљених и обим права којима су располагали у зависности од историјског момента. Осврћемо се на питања која сматрамо за недовољно добро регулисана у садашњем Законнику о кривичном поступку, пре свега када је реч о правима окривљених, и покушавамо да уочимо везу уз историјски осврт на позицију окривљеног, како бисмо покушали да дамо одговоре на питања када је окривљеном било најтеже, као и да ли му је данас лако. Шта значи одустанак од начела материјалне истине? Може ли опстати актуелни Законик без тог начела? Како ће органи технички примењивати ЗКП, с обзиром да представља спој адверзијалног и европско-континенталног правног система. Равноправност страна је од битног значаја само начелно, а суштински провејавају инквизиторски елементи, уз инсистирање на неком облику пасивности суда и давања великих могућности страни на којој је терет доказивања. Да ли је ово корак уназад или је реч о скоку у даљ?

Кључне речи: истрага, извиђај, наредба о спровођењу истраге, притвор, начело материјалне истине, адверзијални поступак

* Рад примљен: 16. 12. 2014. године.

УВОД

Са применом актуелног Законика о кривичном поступку¹ (у даљем тексту Законик и ЗКП), на нивоу свих судова у Републици Србији, започето је 1. октобра 2013. године. За кривична дела организованог криминала, која спадају у делокруг тужилаштва посебне надлежности, Законик је почео да са примењује 15. јануара 2012. године. Актуелни Законик о кривичном поступку усвојен је 26. новембра 2011. године. У нашем кривично-процесном систему егзистирао је до тада мешовити инквизиторско-акузаторски концепт кривичног поступка, који је усвајањем актуелног Законика замењен новим процедуралним концептом у систему истраге и расправним начелом на главном претресу, што за собом у суштини доноси и знатно другачије улоге суда, тужилаштва и адвокатури. Република Србија је у свој кривичноправни систем увела нека решења која познаје континентално-европски модел кривичног поступка, али и одређена решења која потичу из адверзијалног² кривичног поступка. Истражне фазе у складу са важећим Закоником спадају у надлежност јавног тужилаштва. Ово је сасвим нови концепт и у складу са тим стањем кроз овај рад покушаћемо да прикажемо на који се начин истрага спроводила и развијала у Републици Србији и државама чији је она правни следбеник и у чију надлежност је spadала истрага до момента примене тужилачког модела истраге, односно примене Законика о кривичном поступку на све поступке у Републици Србији. Анализа, између осталог, има за циљ да освртом на више од годину дана примене тужилачког модела истраге, као и кроз историјски развој истражног поступка, прикаже у којој мери су права окривљених бивала мањег или већег обима.

МОМЕНАТ УВОЂЕЊА МЕШОВИТОГ СИСТЕМА У КРИВИЧНИ ПОСТУПАК НА ТЛУ ЕВРОПСКОГ КОНТИНЕНТА

Расположење јавног мишљења према инквизиторском поступку битно се изменило у другој половини XVIII века са измењеним друштвеним и културним приликама. У то време и покрет рационалне филозофије у Француској, праћен публицистиком, ставља на дневни ред питање личних

¹ Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр.72/11, 101/11, 121/12, 32/13, и 45/13.

² Под атрибуту адверзијални сматра се поступак чија се суштина огледа у двобоју субјеката, који битку воде доказима. САД је типичан представник оваквог модела преузетог из енглеског правног система.

и политичких права грађана и питање слободе личности и њеног односа према држави, обухватајући и подручје кривичног правосуђа и покреће јавно мишљење против постојећег стања.³ Реформа је најзад завршена Законом о кривичном поступку (*Code d'instruction criminelle*)⁴ од 1808. године. Законик је представљао тип оног поступка који је касније у теорији назван мешовитим поступком. Поступак је био компромис између инквизиторског поступка који је важио у Француској до Револуције, и чисто оптужног поступка који је покушала да оживи Француска револуција. Мешовити тип поступка у њему освојио је током XIX века земље континенталне Европе и многе ваневропске земље доживевши у тим земљама значајна и многобројна побољшања (Аустријски законик од 1873, Мађарски законик од 1896. године)⁵ 1895. године први пут се јавља жеља за спровођењем значајних реформи у самој истрази. У Француској је поводом тога Сенату предложено да се измене одредбе везане за саму истрагу, а које би се кретале у правцу увођења страначке јавности у фазу истраге, као и могућности увођења одбране и контрадикторности у ту фазу поступка. Успех је најзад постигнут усвајањем поменутих измена 1897. године.

Дух промена полако је допирао и у Србију. У Србији је био на снази Законик о судском поступку и кривичном делима, од 10. априла 1865. године, рађен према аустријском Законику о кривичном поступку од 1853. године, инквизиторског типа, са законском оценом доказа, без тужилаштва издвојеног у посебну установу, са нешто елемената на главном претресу.⁶ Хрватски кривични поступак из 1875. године био је израђен је по моделу на Аустријски кривични поступак из 1873. године. Прве озбиљне активности на изради српског Закона о кривичном поступку започињу 1875. године.

На простору Краљевине Југославије постојало је шест различитих законских подручја. Пре уједињења започето је на изједначавању кривичних поступака и тада су уочене прве видљиве активности тадашње Комисије министарства правде Краљевине Југославије, која је образована 1. августа 1920. године. На предлог чланова комисије за полазну основу предложен је модел хрватског Закона о кривичном поступку, који је тада сматран једним од најбољих европских процесних закона који уређује кривично-правну област. Нови Законик о судском кривичном поступку

³ Васиљевић, Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, 1981, Савремена администрација, 21.

⁴ *Code d'instruction criminelle* се делио на припремни поступак и главни поступак. Први стадијум је био тајан, писмен и инквизиторски. Други део поступка био је концептиран на принципу оптужног начела, затим начела јавности, контрадикторности и непосредности.

⁵ *Ibid.*, 22.

⁶ *Ibid.*, 33.

усвојен је 6. фебруара 1929, а ступио је на снагу 1. јануара 1930. године, осим на територији Србије и Црне Горе, где је постепено ступао на снагу. Имајући у виду чињеницу да је хрватски процесни закон сматран за веома напредан у то време, послужио је као модел по коме је наш процедурални закон стваран, те ћемо се, стога, осврнути на неке његове делове везане за истражну фазу.

НЕКЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ ИСТРАЖНОГ ПОСТУПКА У СКЛАДУ СА РЕШЕЊИМА ХРВАТског ЗАКОНИКА ИЗ 1875. ГОДИНЕ

Закон о хрватском казненом поступку састојао се од 440 параграфа. Поступак се делио на припремни и главни поступак, те поступак по правним лековима. Припремни поступак се састојао од извиђаја⁷, истраге и прелазног поступка. Прва два дела ограничавају се само на припрему и сабирање доказа који је потребан за подизање оптужбе или за обуставу кривичног поступка (§. 81. сл. I 84. I сл.).⁸ Тежиште кривичног поступка не лежи као у инквизиторском поступку, у извиђајима и истрази, него у главној расправи, која се може одредити само на основу оптужбе овлашћеног тужиоца.⁹ За вођење истраге надлежан је био судија истражитељ као представник истражног суда. Судија истражитељ је могао замолити и котарске судове¹⁰ у свом и ван свог подручја, да обаве поједине истражне радње или целу истрагу у њиховом делокругу. У овом случају котарски судови су водили истрагу у пренесеном делокругу (§. 86. ал. 1 и 2).¹¹ У складу са важећим ЗКП, постоји слично решење, *Истражни центар* предвиђен чл. 298. ст. 2. ЗКП. У њему пише „Законом се може одредити једно јавно тужилаштво у коме ће се за подручје више јавних тужилаштва спроводити истрага (истражни центар).”

⁷ Извиђај је представљао фазу поступка у којој су се на захтев тада државног „одвјетника” искључиво у случају кажњивих дела која су се гонила по службеној дужности, предузимале одређене радње од стране полиције или суда. Радње су биле усмерене на прикупљање доказа у циљу доношења одлуке о евентуалном одбачају пријаве или наставку поступка.

⁸ Више о томе: Огорелица, Н., *Казнено процесуално право*, Загреб, 1899, кр. земаљска тискара, 92.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Котарски суд је био надлежан да поступа и као истражни суд, и то ради „злочинства и преступака”, у свом делокругу обављао је функцију истражног суда у фази извиђаја, а у случају пренесеног делокруга, у фази извиђаја и фази истраге. У првом степену Котарски суд је судио за учињене прекршаје. Котарски суд је одлучивао и о правним лековима у ширем смислу итд. Види опширније: Огорелица, Н., *op. cit.*, 148.

¹¹ *Ibid.*, 149.

Предлог за спровођење истраге подносили су по тада важећем закону државни одвјетник¹² и приватни тужилац. Они су тај предлог подносили судији истражитељу. Након подношења предлога судија истражитељ је испитивао материјалне казнено-правне претпоставке, процесно правне претпоставке, затим да ли је допуштена истрага итд. Уколико су сви услови бивали испуњени, судија истражитељ је по правилу прихватао тај предлог. Формално спровођење истраге је започињало онда кад је предлог прихваћен, а не чистом предајом предлога. Судија истражитељ није могао сам да одбије предлог, уколико није пристао на предлог, он је морао да затражи закључак казног сената, окривљени није имао право на улагање правног лека. Право на улагање притужбе имао је окривљени, једино ако му је одређен истражни затвор, па је поводом тога бански стол и испитивао, да ли уопште има места вођењу истраге. Из наведеног се донекле назире данашње стање ствари, на основу кога окривљени нема права на жалбу против наредбе о спровођењу истраге, а у складу са претходним ЗКП¹³, та могућност је постојала, жалба против решења о спровођењу истраге била је дозвољена.

СУДСКИ КРИВИЧНИ ПОСТУПАК КРАЉЕВИНЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ – ИЗВИЋАЈ И ИСТРАГА

Судски кривични поступак Краљевине Југославије, као што смо навели, умногоме се ослањао на модел хрватског кривичног процесног закона из 1835. године. Укључујући Законик о судском кривичном поступку из 1929. године, било је седам интегралних кодификација када је реч о историји нормирања кривичног процесног права у Републици Србији. Законик о судском кривичном поступку из 1929. године, истрагу је предвиђао као фазу између извиђаја и стављања под оптужбу. Циљ је извиђају да државном тужиоцу пружи потребну грађу да би се могао одлучити, хоће ли тражити отварање кривичног поступања против одређеног лица или ће одбацити пријаву (§ 96). Кривично поступање отвара се или подношењем непосредне оптужнице или предлогом о отварању истраге.¹⁴ Разлика између извиђаја и истраге састоји се у томе што се у извиђају прикупља потребна доказна грађа, да би тужилац могао одлучити хоће ли се уопште отворати кривично поступање и, ако

¹² Државни одвјетник у преводу значи државни тужилац.

¹³ Овде је реч о Законик о кривичном поступку из 2001. године.

¹⁴ Марковић, Б., *Уџбеник судско кривичног процесног права Краљевине Југославије*, Београд, 1937, Штампарија Драг. Грегорића, 390.

хоће, против кога (§ 92), док се у истрази има да испита, да ли стање извесне кривичне ствари, која се извесном лицу ставља на терет, може бити предмет оптужбе или не.¹⁵ Закон о судском кривичном поступку је предвиђао да је истрага обавезна или факултативна. Ако је довољно доказа пружио извиђај постојала је могућност да се одреди главни претрес без спровођења истраге.

Када је реч о формалном услову који је важио у том периоду, тужилац је подносио предлог за отварање истраге истражном судији, који је, као што је то био случај и у хрватском закону, процењивао да ли су испуњене процесно правне и материјално правне претпоставке. До ступања на снагу актуелног ЗКП, тужилаштво је подносило суду захтев за спровођење истраге. Формални услов за спровођење истраге – предлог, данас се назива Наредба јавног тужиоца, што представља логичну последицу преласка на нови концепт истраге, где се улога суда у битној мери смањује. Улога судије за претходни поступак је чисто контролног карактера. Судија за претходни поступак има искључиво улогу контролора законитости ове фазе поступка и органа којем је поверено одлучивање о мерама за обезбеђење присуства окривљеног, као и о предузимању појединих доказних радњи којима се значајније задире у права учесника у поступку.¹⁶ У новом типу истраге не постоји оптужни акт, јер се истрага води на основу одлуке (наредбе) јавног тужиоца, а не суда, као што је то некада био случај, када је истражни судија истрагу започињао решењем о спровођењу истраге, које се доносило ако би се усвојио захтев јавног тужиоца за спровођење истраге, што је био посебан оптужни акт у у тој процесној фази.¹⁷

ПРАВА ОКРИВЉЕНИХ

– САДАШЊИ ЗКП У ОДНОСУ НА ЗКП ИЗ 1929. ГОДИНЕ

Судски кривични поступак из 1929. године, предвиђао је сасвим другачије решење у односу на данашњи ЗКП, у погледу права окривљеног на улагање жалбе на одлуку суда. Окривљеном је припадало право да не прими предлог тужиоца да се истрага отвори, а у замену за то, он је захтевао да суд донесе одлуку. Такође, окривљени је имао могућност и улагања жалбе на решења истражног судије којим прихвата предлог тужиоца и

¹⁵ *Ibid.*, 401.

¹⁶ Илић, Г., et al., Коментар законика о кривичном поступку, 2013, ЈП Службени гласник, 693.

¹⁷ Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Београд, 2014, Правни факултет Универзитета у Београду, 320.

о томе је одлучивао Окружни суд. Истражни судија је имао могућност да изрази неслагање са предлогом тужиоца и о томе је одлучивало кривично веће Окружног суда. Такође то веће је и одлучивало у случају да окривљени захтева одлуку суда. Овакав модел је у сличном техничком смислу егзистирао до ступања на снагу новог ЗКП. Наиме, у ситуацији када је окривљени уложио жалбу на решење истражног судије, којим се спроводи истрага, о тој жалби одлучивало је ванпретресно веће тог суда. Ванпретресно веће истог суда морало је у року од 48 сати да донесе решење поводом уложене жалбе на решење о спровођењу истраге. Такође, и у случају неслагања истражног судије са захтевом јавног тужиоца, одлуку је морало да донесе ванпретресно веће истог суда. Веће је доносило решење којим одбија захтев тужиоца или решење којим спроводи истрагу. Ако је истрага отворена на овај начин, окривљени је имао могућност улагања жалбе на донето решење. Ово је сасвим разумљиво, имајући у виду да је то први моменат када окривљени поседује ту могућност, јер је тада практично и донето решење о спровођењу истраге. Наравно, и у ранијим законским решењима, мислимо на период пре Другог светског рата, било је специфичних тумачења самог текста Закона од стране појединих судова као што је то ситуација и у данашњим временима.

У читавом низу случајева кроз историју, па и данас, судови често креирају праксу која формално није извор права, али суштински утиче на тумачење позитивноправних прописа. На тај начин се формирају мишљења, која даље егзистирају кроз разне врсте одлука. Није редак случај да, упркос јасном законском тексту, приметимо и *паралелни законски текст*¹⁸ чије норме постају благо обавезујуће када је реч о процесним питањима у одређеној фази кривичног поступка. Имајући у виду да се осврћемо на период пре Другог светског рата, сматрамо да је

¹⁸ Један од примера за овакве тврдње је, у не тако ретким случајевима у данашњини, и забрана да се постављају сугестивна питања на главном претресу током унакрсног испитивања сведока, а смисао овог института је управо постављање сугестивних питања. Наравно ово се не дешава у свим судовима и пред свим поступајућим судијама. Имајући у виду да се ради о фази након истраге, не бисмо прелазили са основне теме овог рада, али свакако је битно са аспекта упита колико „смо” спремни да се прихвате новине и стриктно примени закон. Један наш колега, адвокат, у току главног претреса био је крајње изненађен када је, започевши испитивање сведока, како се то чини унакрсном техником, поступајући судија реаговао „Је л’ Ви то колега мислите по новом ЗКП да испитујете сведока?”, на шта је колега одговорио „Па има ли неки други Законик, можда?” Такође, увођење критеријума светске јавности као параметра за примену кумулативног услова који стоји уз запрећену казну, представља парадокс, када служи образлагању разлога за одређивање притвора по основу чл. 211. ст. 1. т. 4. У случају чл. 211. ст. 1. т. 3. ЗКП, константно је присутно свесно занемаривање чњенице да је интенција законодавца да се овом тачком не утиче на превенцију вршења кривичних дела, нити да се продужавањем притвора по тој тачки сам притвор претвори у казну и поприми облике парасанкције, већ да се утврди да постоји конкретизована бојазан да ће у кратком временском периоду окривљени поновити кривично дело итд.

веома значајно указати на праксу београдског Апелационог суда из тог периода у вези са истражном фазом, а у циљу компарације са праксом која је уобичајена и данас, када смо сведоци чудних ставова изнесених од стране судова упркос јасној интенцији законодавца. У раду указујемо на један пример који је везан за ситуацију улагања правног лека у одређеној фази истраге, ограниченост у том смислу је искључиво условљена бројем страна којима располажемо док пишемо овај рад. Београдски Апелациони суд стоји на становишту да је по § 98. допуштена жалба апелационом суду кад је окружни суд донео решење само онда, кад се истражни судија не слаже с тужиочевим предлогом о отварању истраге и захтева одлуку суда, као и онда кад окривљеник тражи одлуку суда али пре но што је истражни судија донео формално решење о отварању истраге. Нпр. захтева одмах по свршеном испиту. Чим је истражни судија донео формално решење о отварању истраге, па било да је окривљени против тог решења изјавио жалбу било да је захтевао одлуку суда. Али после донетог решења истражног судије, београдски Апелациони суд у оба ова случаја сматра по § 328. решење већа окружног суда за другостепено и не допушта жалбу на њега. Оваква пракса није у свему сагласна са законом.¹⁹ Закон је тада окривљеном пружао две могућности, једна је била улагање формалне жалбе на решење истражног судије, а друга је била захтев да о отварању истраге одлучи окружни суд. Тадашњи § 98. пружао је могућност окривљеном, да уколико није уложио формалну жалбу, може захтевати да окружни суд одлучи о отварању истраге и ако је истражни судија већ одлучио то је решење сматрано за првостепено, јер није донето по основу уложене жалбе, већ на основу захтева који је представљао посебно средство за остваривање права окривљеног. То је значило, да је он суштински имао могућност, да се ствар расправи и пред апелационим судом, јер овде се не ради о решењу донетом након улагања жалбе, које би бивало коначно. Из наведеног се уочава да став суда није у складу са самом намером законодавца, нажалост и у данашњим временима ситуација није битно другачија. Овим примером смо анализирали законите могућности за борбу окривљеног, које пракса није признавала. Развој саме истраге најбоље се приказује кроз развој права окривљених, јер централно питање по нашем мишљењу управо представљају могућности заштите права које стоје окривљенима на располагању током поступка, односно њихова еволуција и разноликост механизма заштите од насртаја државе. Ратови и завршетак сваког, посебно рата чије окончање доноси и ново уређење државе, отвара простор за неповољну позицију окривљених током кривичног поступка. У наредном делу рада, приказаћемо неке карактеристике истраге и права окривљених у периоду након завршетка Другог светског рата.

¹⁹ Марковић, Б., *op. cit.*, 403.

ИСТРАГА У ПЕРИОДУ ОД ДРУГОГ СВЕТСКОГ РАТА ДО МОМЕНТА УВОЂЕЊА ТУЖИЛАЧКОГ МОДЕЛА ИСТРАГЕ

Народноослободилачка борба од самог почетка била је усмерена колико на ослобођење земље од непријатељских војних снага, толико и на успостављање новог друштвеног и правног поретка.²⁰ Врховни штаб је 24. маја 1944. године издао Уредбу о војним судовима која је ступила на снагу одмах. Поред примене за време борбе, обављен је по овој уредби и пред судовима предвиђеним у њој, после завршетка рата а пре оснивања редовних судова као посебних органа, велики број суђења лицима оптуженим као народни непријатељи, издајници и ратни злочинци.²¹ Такође, Устав ФНРЈ из 1946. године је представљао извор кривичног процесног права.

1948. године усваја се Закон о кривичном поступку, по моделу на соvjетско процесно законодавство. Претходним поступком руководио је јавни тужилац, самостално и путем његових органа, које је могао да овласти ради предузимања одређених кривично-процесних радњи. У том периоду није постојало временско ограничење у случају превентивног лишења слободe, што је било изузетно опасно. Окривљени је имао право на одбрану само у поступку пред судом. Једном речју, радило се о законском решењу које је засигурно спадало у најнеповољнија када је реч о правима окривљених. Закон о кривичном поступку из 1953. године је представљао знатно либералнији закон у односу на горе поменути. Јавно тужилаштво је постало искључиво орган гоњења, није имало могућност да директно води поступак. Извиђај је био препуштен истражним судијама, полицији и среском суду. Како је спровођена истрага у једном сегменту, и у каквом су односу бивали тужилаштво и окривљени, можемо уочити на бази приказа позитивних прописа којима је област истраге била уређена до 1976. године.

Када постоје основи сумње да је учињено кривично дело (чл. 136. ЗКП) јавни тужилац је могао захтевати спровођење извиђаја од стране овлашћених истражних органа унутрашњих послова, од судије котарског суда изван седишта окружног суда (иако се ради о делима, којима ће судити окружни суд) или од истражног судије. Пошто је орган који је спровео извиђај сакупио све доказе и извршио све друге потребне истражне радње, шаље јавном тужиоцу читав спис. Тиме је извиђај по правилу завршен (чл. 145. ЗКП).²² Положај окривљеног у истрази, са становишта акузаторског односно инквизиционог начела, потпуно је једнак положају

²⁰ Васиљевић, Т., *op. cit.*, 34.

²¹ *Ibid.*

²² Више о томе: Bayer, V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo I*, Zagreb, 1960, Školska knjiga, 113.

окривљеног у извиђају.²³ Извиђај није представљао фазу у којој постоји одређени спор међу странкама. Није постојала контрадикторност. Ту су се спроводиле активности органа у циљу прикупљања доказа. Из тих разлога није се сматрало да је окривљени странка. Ако у фази истраге и фази која јој претходи окривљени није имао статус странке, то је подразумевало да ни тужилац није био странка у поступку. У вези са тим се намеће и закључак да положај окривљеног није зависио искључиво од права које је имао, већ и од обима права које је имао тужилац. Уколико је тужилац поседовао већа овлашћења, утолико је окривљени бивао у неповољнијем положају у односу на њега. Ако овакву једначину поставимо у данашњем времену, долазимо до решења које нам очигледно указује на чињеницу да широк спектар овлашћења, која важећи ЗКП даје тужилаштву, умногоме слаби позицију окривљеног. Закон о кривичном поступку из 1976. године донет је ради усклађивања са одредбама Савезног Устава и Устава република и аутономних покрајина, суштински ништа ново у односу на претходни Законик није предвиђао, али су са аспекта права окривљених, учињени помаци. Уведена је могућност да се оптужница испита од стране председника већа и врати на боље разјашњење стања ствари истражном судији.²⁴ Из угла окривљеног, много се „лакше дисало”, имајући у виду чињеницу да је могућност формалне одбране била загарантована током читавог кривичног поступка. Измене су биле и у погледу могућности улагања правних лекова. У циљу прикупљања доказа ради утврђивања чињеница од којих зависи решење питања о кривичној одговорности, као и у циљу предузимања мера за обезбеђење присуства окривљеног у поступку, припремни поступак је нашао своје место у кривичном поступку ФНРЈ. Припремни поступак је био прва у низу фаза, а било их је пет, које су представљале део кривичног поступка. Припремни поступак се састојао од извиђаја и истраге. Законик о кривичном поступку из 2001. донео је крупне и значајне промене у односу на претходни Закон из 1976. године, тако да је наш кривични поступак од тада у потпуности усклађен са савременим општеприхваћеним правним стандардима у областима људских права и другим условима нове друштвене стварности.²⁵ Мада, и у складу са тим законом, покушавано је да се каучук нормама, када је реч о притвору, отвара простор држави да уз помоћ суда, захваљујући широким тумачењима норми везаних за притвор, превентивно лишава слободе одређена непослушна лица.

²³ *Ibid.*, 167.

²⁴ Више о томе: Васиљевић, Т., *op. cit.*, 36.

²⁵ Грубач, М., Одредба о организацији претходног кривичног поступка нацрта ЗКП Србије из априла 2010. године упоређен са одговарајућим одредбама италијанског ЗКП, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, 2010, књига 70, (12), 560.

**ПРЕЛОМНИ ТРЕНУТАК ЗА ИСТРАЖНИ ПОСТУПАК
– АКТУЕЛНИ ЗКП, ПИТАЊЕ ТЕРЕТА ДОКАЗИВАЊА,
НАПУШТАЊЕ НАЧЕЛА МАТЕРИЈАЛНЕ ИСТИНЕ**

Субјективна истина треба што је више могуће да се приближи објективној. Таква истина јесте материјална истина. Под материјалном истином, дакле, разумемо највећи степен извесности до које судија може доћи у кривичном поступку.²⁶ Централно начело кривичног поступка, било да је он заснован на оптужном или истражном, управо је било начело материјалне истине. Под материјалном, објективном или релативном подразумевао се највиши степен сумње до ког уопште човек може домаштити. Није се подразумевала безусловна или математичка извесност. Радило се о проналажењу успеха који је по људском схватању и искуству одговарао стварности. Овим се отварао простор да судија постави питање својој свести и савести а да се савест ослони на искуство.²⁷ Начело истине сада формално не егзистира у стриктном смислу у одредбама важећег Законика о кривичном поступку, којим се *више не утврђују дужности* суда и других државних органа да истинито и потпуно утврђују чињенице које су од важности за доношење законите одлуке.²⁸ Може се претпоставити да ће у пракси кривични суд ипак тежити да се, колико је могуће, па можда и мимо стриктних законских правила „приближи” истини или чак покуша да утврди истину у кривичном поступку, јер се, као и раније, у одредбама новог Законика о кривичном поступку омогућава подношење жалбе и због *погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања*, а шта је друго погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање него неистина, односно неистинито утврђено чињенично стање.²⁹ Суд ће увек бити заинтересован да одлука коју је донео не буде укинута.³⁰

У нашем правном систему до ступања актуелног Законика није постојала формална подела терета доказивања. Тужилаштво је имало за циљ да докаже да је окривљени крив, а окривљени је имао могућност да се брани. Суд је имао све могућности на располагању у погледу прикупљања доказа ради утврђивања чињеница које би доказале да ли се може окривљени казнити. Суд је био дужан да прикупља доказе. Такође, у фази истраге, истражни судија и његови претходници у ранијим законима, мимо странака, прикупљао је доказе, као што су то чинили и председник

²⁶ Марковић, Б., *op. cit.*, 198.

²⁷ Више о томе: Огорелица, Н., *op. cit.*, 424.

²⁸ Шкулић, М., *op. cit.*, 85.

²⁹ *Ibid.*, 86.

³⁰ Више о томе: Шкулић, М., *op. cit.*, (фуснота 183) 85.

већа накнадно на главном претресу. Потпуно је нова одредба чл. 15. ст. 2. новог ЗКП, која предвиђа да је (формални) терет доказивања на тужиоцу. То је у складу са старим начелом римског права: *actori incumbit probatio*. У истом члану налази се и одредба по којој суд изводи доказе на предлог странака. Из ове одредбе следи да се законик одриче начела судске одговорности за наступање доказа. То је праћено изостављањем одредбе чл. 17. ст. 1. ЗКП из 2001. године, по којој су суд и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке. Тако начело истине први пут у развоју нашег процесног законодавства није нашло своје место међу основним процесним начелима.³¹ Ипак, иако најзначајнија, промена органа који руководи истрагом не представља једину измену у овој фази поступка. Једно од нових решења, које је у корелацији с ранијим започињањем истраге, јесте и то да се истрага против одређеног лица покреће при постојању нижег степена сумње – *основана сумња* да је оно учинило кривично дело. Овакво решење је разумљиво имајући на уму да истрага сада практично започиње првом доказном радњом која је предузета, односно у ситуацији у којој је и степен сумње, када је реч о извршиоцу кривичног дела, нижи.³²

Модел истраге који је био на снази до ступања новог ЗКП, поседовао је читав низ решења која нису одговарала ни тужилаштву а ни одбрани. Наиме, истражни судија био је сервис тужилаштва и због тога су постојала ограничења у погледу ефикасности, а која су највише иритирала само тужилаштво. Када је реч о одбрани, са друге стране, замерке су биле упућиване у погледу улоге истражног судије као продужене руке тужилаштва. Данас судија за претходни поступак, како се сада назива некада истражни судија, има улогу контролора законитости поступка. Фаза истраге је и претпрела највише измена у односу на дугу традицију у нашем кривично-процесном систему. Сада се захтева активнија улога одбране, јер од креативности одбране и уложеног труда у току претходног поступка, зависи добра поставка самог случаја у даљој фази судског поступка. Значајна новина је да се окончање истраге ни на који начин не може сматрати *res iudicata* тј. не важи правило *ne bis in idem*.³³ Ово произилази како из карактера ове фазе поступка, тако и из тумачења чл. 4. (*ne bi in idem*) према којем је појам пресуђене ствари повезан искључиво са одлукама суда. У том смислу, након одустајања од гоњења и обуставе истраге (чл. 308),

³¹ Brkić, S., *Krivično procesno pravo I*, Novi Sad, 2014, Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 309.

³² Ilić, G., *op. cit.*, 686.

³³ Beljanski, V., Istraga. Preuzeto sa: <http://www.partners-serbia.org/E-learning/mod/page/view.php?id=110>.

јавни тужилац би ову поново могао да покрене без опасности да његов поступак буде оцењен као повреда начела *ne bis in idem*.³⁴ Сматрамо да ово није добро решење, јер угрожава спокојство грађана, те тиме грађани бивају под сталним подсвесним притиском тог поступка који није окончан, а у сваком моменту може бити поново покренут.

ОСВРТ НА НЕКА ОД ПРАВА ОКРИВЉЕНИХ У ФАЗИ ИСТРАГЕ – АКТУЕЛНИ ЗКП

Предузимање доказних радњи у корист одбране у фази истраге – чл. 302. Законика о кривичном поступку РС

У чл. 302. ЗКП, предвиђено је да осумњичени и његов бранилац, уколико сматрају да је потребно предузети одређену доказну радњу, могу предложити јавном тужиоцу да је предузме. Сматрамо да је механизам, којим се окривљени штити од опструкције приликом предузимања доказних радњи у фази истраге, недовољно заштићен. Наиме, у случају да такав предлог буде одбијен или о том предлогу не буде одлучено у року од осам дана, осумњичени и његов бранилац једино могу поднети предлог судији за претходни поступак, који ће донети одлуку у року од осам дана. Истина је да судија за претходни поступак у случају да усвоји предлог осумњиченог или његове одбране, може наложити тужилаштву да се предузме одређена радња у циљу прикупљања доказа, али суштински не постоји санкција за непоступање тужилаштва. Нема никакве гаранције у процесном смислу. Јавни тужилац би био дужан да спроведе доказну радњу када му то „наложи” судија за претходни поступак, али се овде, ипак, у основи ради о инструктивном законском механизму, јер законодавац није предвидео никакве процесне последице уколико се јавни тужилац оглуши о одлуку судије за претходни поступак, нити ако (што би се у пракси чешће могло очекивати) наложену доказну радњу обави без неког посебног „ентузијазма” тј. алкаво, неефикасно, површно и сл., што се по логици свари, може очекивати, јер се овде ради о активностима на које је јавни тужилац фактички „ принуђен”, а које је он примарно сматрао непотребним.³⁵ У чл. 312. ст. 3. ЗКП, оставља се могућност одбрани да након приговора који је поднет непосредно вишем тужилаштву и његовог одбијања, одбрана поднесе притужбу судији за претходни поступак. Али формулација „ако” судија за претходни поступак оцени да је притужба основана,

³⁴ Илић, Г., *op. cit.*, 686.

³⁵ Шкулић, М., *op. cit.*, 322.

наложиће предузимање одређених мера у циљу решавања спорне ситуације, није гарант коначном остварењу циља. Из свега јасно произилази да се не може никако говорити о равноправности страна и да се та теза потпуно на овај начин обесмишљава. Било би логично да судија за претходни поступак има право да сам спроведе доказну радњу чије је предузимање безуспешно наложио.³⁶

Наредба о спровођењу истраге. Аспект (не)уставности

Против акта којима се започиње кривично гоњење (чл. 5 ст. 2) и наредбе о отварању истраге (чл. 296. ст. 1. ЗКП) није предвиђен правни лек, односно судска заштита

а) Према одредби чл. 5. ст. 2. „Кривично гоњење започиње: 1) првом радњом јавног тужиоца, или овлашћених службених лица полиције на основу захтева јавног тужиоца, предузетом у складу са овим Законом ради провере основа сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело; 2) подношењем приватне тужбе.”

б) Истрага се покреће наредбом надлежног јавног тужиоца (чл. 296. ст. 1), дакле одлуком против које Законик не предвиђа могућност употребе правног лека. Наведене одредбе о почетку кривичног гоњења и покретању истраге проблематичне су са гледишта сагласности са Уставом. Према тим одредбама, осумњичени грађанин према коме је покренута истрага коју законодавац третира делом кривичног поступка, нема никакво правно средство за одбрану од арбитрарног поступка јавног тужиоца. Ни једно ни друго није у складу са уставним начелом владавине права нити са чл. 36. ст. 2. Устава³⁷ према коме свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу.³⁸

Притвор у истрази – злоупотребе притвора као сигуран пут ка кршењу основних права и слобода окривљених

Притвор у истрази може трајати максимално шест месеци. Окривљени се може задржати у притвору три месеца на основу решења судије за претходни поступак. Тужилац може поднети предлог непосредно вишем

³⁶ Илић, Г., *op. cit.*, 707.

³⁷ Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.

³⁸ Грубач, М., Шта је неуставно у новом законикау о кривичном поступку, *Гласник адвокатске коморе Војводине*, 2014, књига 78, (7–8), 413.

суду, односно већу из чл. 21. ЗКП, да се притвор продужи за три месеца. Уколико се у периоду од шест месеци не подигне оптужница, окривљени се мора пустити на слободу. Посебно је пракса непридржавања законског текста уобичајена када је реч о притворским основама. Очигледан је начин на који се екстензивним тумачењем тзв. притворских разлога, злоупотребљава мера притвора. У овоме предњаче образложења у вези са чл. 211. ст. 1. т. 4. ЗКП. У том члану се као разлог за одређивање притвора поставља кумулативан услов уз висину запрећене казне и узнемирење јавности, чији степен може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка. Суштина проблема је, пре свега, у чињеници да се на овај начин отвара пут ка маскираном облигаторном (обавезном) притвору³⁹ за сва кривична дела за које је запрећена казна преко десет година или пет година са елементима насиља. Уколико суд не оцени да ли је узнемирење јавности наступило у објективном смислу, односно да је оно таквог интензитета да резултира угрожавањем несметаног и правичног вођења кривичног поступка, ствара се пракса, да се одређивање притвора предлаже без јасно датог образложења, од стране тужилаштва, а такав нејасан предлог бива усвојен од стране суда уз погубна образложења која стварају далеко погубнију судску праксу. Уз овакву критику, морамо бити и објективни и приметити да се у последње време називу помаци када је реч о овој проблематици, али искључиво на нивоу апелационих судова у Републици Србији. Разлог за то је свакако и притисак који је усмерен ка нашем правосудју од стране Европске заједнице, поводом питања што веће примене алтернативних мера притвору, и наравно буђење свести о потреби да се инсистира на адекватним образложењима приликом одређивања и продужавања притвора од стране судова ниже инстанце. Зачарани круг затварао се одбијањем жалбе браниоца на решење о одређивању притвора, као и на решење о продужењу притвора. Америчко удружење правника (ABA ROLI) спроводило је током 2013. године, пројекат на територији Републике Србије који се тицао саме примене притвора. Наиме, у једном од закључака наглашено је да: „Иако постоје правни механизми који обезбеђују да лице које се налази у притвору може уложити жалбу против одлуке о одређивању притвора вишем суду, такве одлуке се ретко укидају чак и када је основ за притвор нетачан или неодређен”.⁴⁰ Један апелациони судија рекао је да је понекад враћање предмета првостепеном суду обавезно. Апелациони суд може утврдити да вероватно постоји један или више основа који оправдавају притвор, али ти разлози нису адекватно артикулисани, а самим тим се предмет враћа

³⁹ Павловић, З., Притвор међународни стандарди и домаће право, *Педагошка стварност*, 2010, LVI, 9–10. 774.

⁴⁰ Америчко удружење правника, (2013). *Анализа примене мере притвора у Србији*, American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI), 2013, 60.

првостепеном суду на даље испитивање у том погледу. Другим речима, иницијална одлука првостепеног суда може бити тачна, али може имати погрешно наведене основе, или може бити без образложења.⁴¹

ЗАКЉУЧАК

Увођењем мешовитог система кривичног поступка долази до прве прекретнице у развојној фази истражног поступка на тлу Европског континента. На српски правни систем утицај је имао хрватски кривични поступак умногоме ослањан на аустријски поступак. Тада су ова законска решења сматрана најнапреднијим када је реч о тлу Европског континента. Када је коначно 1929. године усвојен и српски Законик, практично до 2011. године, уз одређене промене, одмах након завршетка Другог светског рата, када је тужилаштво водило истрагу, додуше пар година, истрага је била у надлежности суда. Начело материјалне истине егзистирало је у свим решењима наших процесиних закона којима се уређивала област кривичне правне материје. Преломни тренутак представља 2011. година и увођење адверзијалног модела поступка у наш кривични поступак уз напуштање начела материјалне истине. Тужилачка истрага са низом новина преузетих из потпуно другог правног система који корене води са простора Енглеске преко САД, у наш правни систем, за собом је донела читав низ отворених питања. Положај одбране и права окривљених су оно о чему је потребно дискутовати и уочавањем аномалија утицати на проналажење адекватних решења која би се могла примењивати у наредном период, јер апсурдно би било да су поједина законска решења из периода прошлога века била повољнија за окривљене него што је то данас. Ако бисмо поредили три периода, први пре Француске револуције, затим, одмах након завршетка Другог светског рата и садашњи период, можемо уочити да много заједничког има у погледу права окривљених, односно, у погледу „минималних” права која су им стајала на располагању, с тим што је сада то теже видљиво из самог текста закона него пре. Међутим, уколико се пажљиво посматра текст актуелног Законика, очигледно је да положај окривљеног није равноправан са тужилаштом и да ово законско решење поседује велик број инквизиторских елемената у самој истрази. Имајући у виду чињеницу да је напуштено начело материјалне истине, није добро решење да окривљени буду у неравноправном положају у односу на орган на коме је терет доказивања, а тај орган, уз то, ужива привилегију коришћења свих државних ресурса.

⁴¹ *Ibid.*, 61.

ЛИТЕРАТУРА

- Америчко удружење правника, *Анализа примене мере притвора у Србији*, American Bar Association Rule of Law Initiative (ABA ROLI), 2013.
- Bayer, V., *Jugoslavensko krivično procesno pravo I*, Zagreb, 1960, Školska knjiga.
- Бељански, В., *Испраћа*. Преузето са: <http://www.partners-serbia.org/E-learning/mod/page/view.php?id=110>.
- Бркић, С., *Кривично процесно право I*, Нови Сад, 2014, Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- Васиљевић, Т., *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, 1981, Савремена администрација.
- Грубач, М., Одредба о организацији претходног кривичног поступка нацрта ЗКП Србије из априла 2010. године упоређење са одговарајућим одредбама италијанског ЗКП. *Гласник адвокатске коморе Војводине*, 2010, књига 70 (12).
- Грубач, М., Шта је неуставно у новом Законику о кривичном поступку. *Гласник адвокатске коморе Војводине*, 2014, књига 78 (7–8).
- Законик о кривичном поступку, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13 и 45/13.
- Илић, Г. et al., *Коментар законика о кривичном поступку*, 2013, ЈП Службени Гласник.
- Марковић, Б., *Уџбеник судско кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд, 1937, Штампарија Драг. Грегорића.
- Огорелица, Н., *Казнено процесуално право*, Загреб, 1899, Кр. земаљска тискара.
- Павловић, З., Притвор међународни стандарди и домаће право, *Педагошка стварност*, 2010, LVI, 9–10.
- Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06.
- Шкулић, М., *Кривично процесно право*, Београд, 2014, Правни факултет Универзитета у Београду.

DEVELOPMENT PATHS OF INVESTIGATION PROCEDURES AND INVESTIGATION

Petar Cvetkovic, LL.M.
Attorney at Law in Novi Sad

Summary

In this paper the author presents some of the features of prosecutorial model of investigation which has been adopted in the Republic of Serbia, with an overview of the development of the investigation procedures in Europe in general, and also in the Republic of Serbia and countries whose legal successor is Serbia. The paper starts with the introduction of the mixed system in investigation procedure in Europe. The development of the investigation also shows the status of the defendants and their rights, depending on the historical moment. We analyzed the issues that we considered insufficiently regulated in

the current Criminal Procedure Law, primarily rights of the defendants, and we were trying to find a connection between status of the defendant from the historical point of view, in order to give answers to the question when was the most difficult time for the defendants and whether it is now easy for them. What does abandoning of the principle of material truth mean? Can the current Criminal Procedure Code survive without it? How will the authorities technically apply the Criminal Procedure Law, since it represents a combination of adversarial and European continental legal system? The equality of both parties is essential only in principle, but instead of that inquisitorial elements prevails, with emphasis on some form of passivity of the court and granting great powers to the party who has the burden of proof. Is this a step backwards or a step forward?

Keywords: investigation, inquiry, formal order of investigation, the principle of material truth, adversarial process