



УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



МИРЈАНА Р. РИСТИЋ ВЕЗЕНКОВИЋ

**ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У
РЕФОРМИСАНОМ КРИВИЧНОМ
ПОСТУПКУ СРБИЈЕ**

ДОКТОРСКА ДИСЕРТАЦИЈА

Ниш, 2019.



UNIVERSITY OF NIŠ
FACULTY OF LAW



MIRJANA R. RISTIĆ VEZENKOVIĆ

TITLE OF DOCTORAL DISSERTATION

DOCTORAL DISSERTATION

Niš, 2019.

*Дисертацију посвећујем
родитељима.*

Подаци о докторској дисертацији

Ментор:

др Саша Кнежевић, редовни професор, Универзитет у Нишу,
Правни факултет

Наслов:

Положај јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку
Србије

Резиме:

Предмет научног истраживања је положај јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку Србије, који се води против пунолетних учинилаца кривичних дела. Циљ научног истраживања био је да се опишу, класификују и објасне јавнотужилачка овлашћења и дужности које изграђују његов општи процесни положај у предистрази и свим фазама редовног кривичног поступка, а посебно у диверзионим и упрошћеним процесним формама. Тако утврђене детерминанте доведене су у везу са квантумом права и дужности јавног тужиоца према раније важећим прописима, да би се утврдиле квантитативне и квалитативне промене у његовом процесном положају и степен јачања моћи јавног тужиоца у поступку примене кривичне репресије. Примерено теми дисертације, коришћени су метод научне дескрипције и научне експликације, као општи методи истраживања друштвених појава. Од посебних научних метода коришћени су аналитичко-синтетички, индуктивно-дедуктивни и метод апстракције и генерализације. Примењени су и упоредноправни и историјскоправни метод, карактеристични за истраживање правних феномена.

Општи закључак је да су резултати истраживања показали да је у новом моделу кривичног поступка Србије процесни положај јавног тужиоца радикално измењен. Са увођењем формалне јавнотужилачке истраге, јавни тужилац постаје *dominus litis* предистраге и претходног кривичног поступка, а сви доказе које у истрази изведе имају исту доказну снагу као судски. Због утврђених и теоријски разјашњених концепцијских недостатака уређења, предложено је увођење једнофазне неформалне истраге у којој би јавни тужилац само прикупљао а не изводио доказе. На основу теоријске анализе принципа и процесних установа на којима је изграђен адверзијални модел судског кривичног поступка, закључено је да је сада одговорност за утврђено чињенично стање пребачена на јавног тужиоца и да је у поступку по правним лековима јавни тужилац чувар законитости уместо суда. Резултат детаљне теоријске анализе диверзионих и упрошћених форми решавања кривичних ствари је гледиште да јавни тужилац у диверзионим поступцима

поприма атрибуте судске власти јер примењује парапеналне мере према учиниоцима, а да је у упрошћеним формама његов утицај одлучујући на казнену политику судова. Крајњи закључак је да уставни положај јавног тужиоца није у хармонији са његовом новом улогом у реформисаном кривичном поступку, на коме се заснива предлог да се уставним и законским нормама осигура потребна функционална независност и јавно тужилаштво експлиците уврсти у класичне правосудне органе.

Научна

област:

Друштвено-хуманистичке науке, правне науке (S 110)

Научна

дисциплина:

Кривично процесно право

Кључне

речи:

Кључне речи: кривични поступак, јавни тужилац, кривично гоњење, истрага, оптужење, главни претрес, правни лекови, начело опортунитета кривичног гоњења, упрошћене процесне форме, казнена политика.

УДК:

CERIF

класификација:

S149

Тип

лиценце

Креативне

заједнице:

CC BY-NC-ND

Data on Doctoral Dissertation

Doctoral Supervisor:

LL.D Saša Knežević, University of Niš, Faculty of Law

Title:

The position of the Public Prosecutor according to the reformed Serbian Criminal Procedure Code

Abstract:

The subject of this scientific research is the position of the Public prosecutor in the criminal proceedings against adult offenders, according to the reformed Criminal Procedure Code of Serbia. The aim of the scientific research was to describe, classify and explain the powers and duties of the Public Prosecutor that constitute their general procedural position in pre-trials and all stages of the ordinary criminal proceedings, especially in the diversionary and simplified procedural forms. The established factors were linked to the quantum of the Public Prosecutor's rights and duties under the previously applicable regulations, in order to determine the quantitative and qualitative changes in their procedural position and the degree of strengthening of the Public Prosecutor's power in the process of criminal repression. In line with the topic of this dissertation, the methods of scientific description and scientific explanation were used as general methods for researching social phenomena. Among the specific scientific methods we used the analytic-synthetic method, inductive-deductive method, and the method of abstraction and generalization. The authors also used comparative-legal method and historical-legal method, characteristic for the research of legal phenomena.

The overall conclusion is that the results of the research showed that, in the new model of the Serbian Criminal Procedure

Code, the procedural position of the Public Prosecutor has been radically changed. With the initiation of a formal Public Prosecutor's Inquiry, the Public Prosecutor becomes the dominus litis of the pre-trial and pre-trial criminal proceedings, while all the evidence presented in the inquiry has the same evidentiary power as the judicial evidence. Due to the established and theoretically clarified conceptual shortcomings of the regulation, it was proposed to introduce a one-phase informal inquiry in which the Public Prosecutor would only collect and not present the evidence. Based on the theoretical analysis of the principles and procedural institutions on which the adversarial model of judicial criminal proceedings was built, it was concluded that the responsibility to establish factual situation should be transferred to the Public Prosecutor and that in legal remedies the public prosecutor is the protector of legality instead of the court. The result of a detailed theoretical analysis of the diversionary and simplified forms of resolving criminal matters is the view that the Public Prosecutor in the diversionary proceedings takes on the attributes of the judicial authority because they impose para-penal measures on the perpetrators, and in simplified forms, they have a decisive influence over the criminal policies of the courts. The final conclusion is that the constitutional position of the Public Prosecutor is not in harmony with their new role in the reformed criminal procedure, leading to the proposal to ensure the necessary functional independence through constitutional and legal norms and to explicitly include the Public Prosecutor's Office in standard judicial bodies.

Scientific Field:

Juridical sciences (S 110)

Scientific Discipline:

Criminal law, criminal procedure

Key Words:

Criminal procedure, public prosecutor, prosecution, inquiry, indictment, main trial, legal remedies, the principle of the opportunity

for prosecution, simplified procedural forms, penal policy.

UDC:

CERIF
Classification:

S149

Creative
Commons
License Type:

CC BY-NC-ND

С А Д Р Ж А Ј

І. УВОД

1. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА НАУЧНОГ ИСТРАЖИВАЊА	1
2. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА	3
3. ЦИЉ ИСТРАЖИВАЊА	6
4. ХИПОТЕЗЕ И НАЧИН (МЕТОДИ) ИСТРАЖИВАЊА	8
5. НАУЧНА И ДРУШТВЕНА ОПРАВДАНОСТ ИСТРАЖИВАЊА	10

ІІ. ПРИРОДА, ОРГАНИЗАЦИЈА И УРЕЂЕЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

1. ДЕФИНИЦИЈА И ПРИРОДА ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА	13
2. ИСТОРИЈАТ СРПСКОГ ТУЖИЛАШТВА	18
3. УСТАВНИ ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА	31
4. УРЕЂЕЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА: НАЧЕЛО ЈЕДИНСТВА И НЕДЕЉИВОСТИ; НАЧЕЛО ХИЈЕРАРХИЈЕ (НАЧЕЛО ДЕВОЛУЦИЈЕ И СУПСТИТУЦИЈЕ); МОНОКРАТСКО НАЧЕЛО ...	31
4.1. Начело јединства и недељивости	31
4.2. Начело хијерархије	33
4.2.1. Спољашња хијерархија	33
4.2.2. Унутрашња хијерархија	38
4.3. Начело монархатског уређења	38
5. ИМЕНОВАЊЕ ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА: УСЛОВИ; ОРГАН КОЈИ ИМЕНУЈЕ ЈАВНЕ ТУЖИОЦЕ, ПОСТУПАК ИМЕНОВАЊА	40
5.1. Услови за стицање својства јавног тужиоца	40
5.2. Органи и поступак избора јавних тужилаца	41
5.3. Да ли Државно веће тужилаца може да осигура самосталност јавних тужилаца и њихових заменика ?	44
6. ОРГАНИЗАЦИОНА И ФУНКЦИОНАЛНА САМОСТАЛНОСТ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА КАО ПРЕТПОСТАВКА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ УСТАВНОГ И ПРОЦЕСНОПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА	46

ІІІ. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ КАО РУКОВОДИЛАЦ ПРЕДИСТРАЖНОГ ПОСТУПКА

1. ОВЛАШЋЕЊА КОЈА ЈАВНОМ ТУЖИОЦУ ОБЕЗБЕЂУЈУ ПОЛОЖАЈ РУКОВОДИОЦА	48
2. РАДЊЕ И МЕРЕ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПРЕДИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ	56
2.1. Потражне радње јавног тужиоца	56
2.2. Доказне радње јавног тужиоца	58
2.3. Ограничење личне слободе (задржавање осумњиченог)	59
2.4. Ширење овлашћења јавног тужиоца да предузима радње у предистрази	60
3. ОДНОС ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА И ПОЛИЦИЈЕ У ПРЕДИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ	61
3.1. Однос између јавног тужиоца и полиције према прописима кривичног процесног права	62
3.2. Однос полиције и јавног тужиоца у упоредном праву и према Закону о полицији	70
3.3. Преуређење положаја јавног тужиоца и полиције у правцу повећања ефикасности кривичног гоњења	71
4. ОДЛУЧИВАЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА О КРИВИЧНОЈ ПРИЈАВИ	73
4.1. Пријем кривичних пријава и поступак по пријави	73
4.2. Одбацивање кривичне пријаве	73
4.2.1. Одбацивање кривичне пријаве применом начела легалитета	74
4.2.2. Одбацивање кривичне пријаве применом начела опортунитета	79
4.2.3. Могу ли одлуке јавног тужиоца о одбацивању кривичне пријаве стећи правну снагу ?	80
4.3. Покретање кривичног поступка	81
4.4. Прибављање допунских обавештења	81

IV. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПРЕУРЕЂЕНОМ СТАДИЈУМУ ПРЕТХОДНОГ ПОСТУПКА

1. ЈАВНОТУЖИЛАЧКА ИСТРАГА УМЕСТО СУДСКЕ	84
1.1. Pro et contra јавнотужилачке истраге	84
1.2. Покретање истраге	88
1.3. Сврха јавнотужилачке истраге	100
1.4. Јавни тужилац као орган поступка који спроводи истрагу (уређење јавнотужилачке истраге као да је судска)	105

1.4.1. Спровођење истраге	105
1.4.2. Непристрасност јавног тужиоца у истрази	109
1.4.3. Предузимање доказних радњи и прикупљање доказа у корист одбране	111
1.4.4. Доказна вредност резултата истраге	116
1.5. Окончање истраге, са посебним освртом може ли одлука јавног тужиоца о обустави истраге стати на правну снагу	123
1.6. Ефикасност јавнотужилачке истраге	133
2. ПРЕОБРАЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА ИЗ ОРГАНА ПОСТУПКА У КРИВИЧНОПРОЦЕСНУ СТРАНКУ У ФАЗИ ОПТУЖЕЊА	135
2.1. Нужност реформисања фазе оптужења	135
2.2. Положај јавног тужиоца у поступку подизања оптужнице	139
2.2.1. Подизање оптужбе у искључивој власти јавног тужиоца	139
2.2.2. Самостално одлучивање о непосредној оптужби, без сагласности суда	147
2.3. Положај јавног тужиоца у поступку контроле оптужбе	151
2.3.1. Функционална надлежност за вршење контроле оптужбе	151
2.3.2. Испитивање формалне исправности оптужнице	153
2.3.3. Одговор на оптужницу	155
2.3.4. Форма поступка контроле оптужбе	157
2.3.5. Одлуке у поступку судске контроле оптужбе	161
2.4. Формирање судске фасцикле	176

V. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ КАО НОСИЛАЦ ФУНКЦИЈЕ ОПТУЖБЕ У ГЛАВНОМ СТАДИЈУМУ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

1. УЛОГА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА ПРИПРЕМНОМ РОЧИШТУ	181
1.1. Законске претпоставке, сврха и ток припремног рочишта	181
1.2. Јачање положаја јавног тужиоца у својству кривичнопроцесне странке	186
1.3. Припремно рочиште у упоредном праву	188
2. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ОДРЖАВАЊЕ ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА	192

3. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ КАО АКТИВНА СТРАНКА НА АДВЕРЗИЈАЛНОМ ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ	195
3.1. Излагање оптужбе и изјашњавање оптуженог	196
3.2. Уводна излагања странака – нова адверзијална установа која захтева активну улогу јавног тужиоца	197
3.3. Конtradикторни доказни поступак преваљује одговорност за утврђивање чињеница на јавног тужиоца	198
3.3.1. Основна правила о адверзијалном доказном поступку	198
3.3.2. Критика концепције доказног поступка	201
3.3.3. Уставност чисто адверзијалног поступка доказивања	203
3.3.4. Радикална промена улоге јавног тужиоца у доказном поступку – од пасивног учесника до активне кривичнопроцесне странке -	204
3.4. Испитивање сведока и вештака на главном претресу од стране јавног тужиоца	205
3.4.1. Нормативни приказ испитивања сведока и вештака	205
3.4.2. Концепцијски недостаци, противречности и непотпуност регулативе испитивања сведока и вештака	207
3.4.3. Јавни тужилац као активни субјект испитивања сведока и вештака	212
3.5. Коришћење доказа изведених у јавнотужилачкој истрази	213
3.6. Измена, проширење и одустанак од оптужбе	218
3.7. Завршне речи прилагођене активној улози тужиоца на главном претресу	221

VI. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ КАО ОВЛАШЋЕНИ СУБЈЕКТ РЕДОВНИХ И ВАНРЕДНИХ ПРАВНИХ ЛЕКОВА

1. ПОЈАМ, СИСТЕМ И ВРСТЕ ПРАВНИХ ЛЕКОВА	224
2. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПО РЕДОВНИМ ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА .	226
2.1. Поступак по жалби на пресуду првостепеног суда	227
2.1.1. Јавни тужилац као субјект жалбе	227
2.1.2. Основи жалбе	229
2.1.3. Промене у поступку по жалби	237
2.1.4. Границе испитивања побијане пресуде	245

2.1.5. Одлуке по жалби	253
2.2. ЖАЛБА НА ПРЕСУДУ ДРУГОСТЕПЕНОГ СУДА	254
3. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПО ВАНРЕДНИМ ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА	256
3.1. Опште напомене о променама ванредних правних лекова	256
3.2. Захтев за понављање кривичног поступка	256
3.2.1. Право понављање поступка	257
3.2.2. Посебан случај понављања	259
3.3. Захтев за заштиту законитости	261

VII. ДИВЕРЗИОНЕ ФОРМЕ РЕШАВАЊА КРИВИЧНИХ СТВАРИ У ВЛАСТИ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

1. УСЛОВНО ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА	270
1.1. Недостатак прописаних законских претпоставки за примену условног одлагања кривичног гоњења	273
1.2. Да ли јавни тужилац може бити орган који коначно одлучује о примени кривичне репресије?	276
1.3. Уставни капацитет јавног тужиоца да ограничава примену материјалног кривичног права	277
1.4. Да ли је потребна контрола условног опортунитета?	279
2. ОДБАЦИВАЊЕ КРИВИЧНЕ ПРИЈАВЕ ИЗ РАЗЛОГА ПРАВИЧНОСТИ	284
3. ДЕЈСТВО НАЧЕЛА <i>NE BIS IN IDEM</i> НА ОДЛУКЕ О ОДБАЦИВАЊУ КРИВИЧНЕ ПРИЈАВЕ ПО ОСНОВУ ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА	285

VIII. ШИРЕЊЕ УПРОШЋЕНИХ ФОРМИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

1. ПРОМЕНЕ ПРОЦЕСНОГ ПОЛОЖАЈА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У СКРАЋЕНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	291
2. ДОМИНАНТНИ ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПРЕСУЂЕЊА НА ОСНОВУ САТРАНАЧКИХ СПОРАЗУМА	295
2.1. Положај јавног тужиоца у поступку пресуђења на основу споразума о признању кривичног дела	295

2.2. Положај јавног тужиоца у поступку пресуђења на основу споразума о сведочењу окривљеног	304
2.3. Положај јавног тужиоца у поступку пресуђења на основу споразума о сведочењу осуђеног	308
3. РОЧИШТЕ ЗА ИЗРИЦАЊЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ (МАНДАТНИ ПОСТУПАК)	308

IX. УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ СУДОВА

1. ПОЈАМ КАЗНЕНЕ ПОЛИТИКЕ И ПОЛИТИКЕ КРИВИЧНОГ ПРОГОНА	312
2. ПРОЦЕСНИ ИНСТРУМЕНТИ УТИЦАЈА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ ..	314
3. УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА ПОЛИТИКУ КРИВИЧНОГ ПРОГОНА	316
3.1. Утицај јавног тужиоца у предистражном поступку на политику кривичног прогона	316
3.2. Јавни тужилац и казнена политика у редовном кривичном поступку	317
3.3. Утицај јавног тужиоца на казнену политику у сумарном кривичном поступку	319
4. ПРАВНИ ЛЕКОВИ КАО ПРОЦЕСНА СРЕДСТВА ЗА УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ СУДОВА	321
5. УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА ПОЛИТИКУ КРИВИЧНОГ ПРОГОНА И КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ У ДИВЕРЗИОНИМ И УПРОШЋЕНИМ ПРОЦЕСНИМ ФОРМАМА	323
5.1. Скретање поступка ка диверзионим формама	323
5.2. Упрошћене процесне форме и казнена политика	325

X. ЗАКЉУЧЦИ	328
--------------------------	------------

XI. ЛИТЕРАТУРА	361
-----------------------------	------------

XII. ПРАВНИ ИЗВОРИ	374
---------------------------------	------------

I. УВОД

1. ПОСТАВЉАЊЕ ПРОБЛЕМА НАУЧНОГ ИСТРАЖИВАЊА

У последње две деценије запажа је изузетна активност српског законодавца у области кривичног процесног права. Само у прошлој деценији донета су три потпуно нова законика о кривичном поступку – 2001., 2006. и 2011. године, а сваки од тих законика више пута је мењан, па је чак три пута мењан и Законик о кривичном поступку из 2006. године,¹ иако је укинут а да уопште никад није примењиван у пракси, мада је био ступио на снагу. Сматра се да је Законик о кривичном поступку из 2011. године најрадикалнији. Две су главне карактеристике на којима се заснива овакав закључак: прво, уведена је јавнотужилачка истрага и друго, введен је адверзијално уређен главни претрес, уместо дотадашњег главног претреса који је класичан (типичан) за мешовити систем кривичног поступка. Треба приметити да су поред главног претреса и у другим фазама и стадијумима кривичног поступка изражено заступљни адверзијални елементи из оптужног типа кривичног поступка. Таквих идеја о тоталној промени модела кривичног поступка, до доношења овог кодекса није било у нашој научној и стручној кривичнопроцесној литератури, па се може закључити да се фактори који су утицали да превладају законска решења из англоамеричког модела кривичног поступка, налазе изван теоријских ставова и захтева правосудне праксе.

Са увођењем јавнотужилачке истраге, у којој се јавни тужилац сада јавља као орган кривичног поступка а не странка, само по себи се намеће питање какав је и чиме се одликује нови положај јавног тужиоца у кривичном поступку. Узму ли се у обзир и бројне промене у правима и дужностима јавног тужиоца у осталим фазама првостепеног али и другостепеног поступка, које су инспирисане принципима и установама оптужног типа кривичног поступка, видљиво је да је дошло до суштинских промена и у положају јавног тужиоца као странке. Ако се томе додају савремене тенденције везане за форме и правне методе решавања кривичних ствари, које се испољавају у умножавању диверзионих и упрошћених форми, којима није одолео ни наш законодавац, отвара се и питање природе јавног тужилаштва као државног органа, пошто се на њега преносе компетенције државне реакције према учиниоцима кривичних дела применом „парапепалних мера“, а поред тога сада располаже значајним

¹ "Службени лист СРЈ", бр. 70/2001, 68/2002 и "Службени гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009, 76/2010

делотворним средствима утицаја на казнену политику судова, и уопште на казнену политику у ширем смислу. Из ових општих погледа на потпуно нова кривичнопроцесна овлашћења и дужности јавног тужиоца, извире интересовање да се научно истражи положај јавног тужиоца у кривичном поступку, а пошто је измена његовог положаја радикална и значајна, као и измена читавог модела новог кривичног поступка, има смисла поставити у жижу истраживања положај јавног тужиоца у „реформисаном“ кривичном поступку Србије.

Да би се добила слика о општем положају, треба сагледати његов положај у свакој етапи процесуирања учинилаца кривичних дела. У вези са предистражним поступком треба објаснити којим овлашћењима (која су најчешће и његове дужности) располаже јавни тужилац која му омогућавају да буде руководилац ове етапе. Основно је питање какав је однос између полиције и јавног тужиоца. С тим у вези, поставља се и питање каква је сада улога јавног тужиоца у откривању кривичних дела и евентуалних учинилаца, као и суштине и сврхе усмеравања потражне активности полиције, што је до сада било у искључивој компетенцији полиције. Пошто је сада истрага поверена јавном тужиоцу, то са правнотеоријског становишта тражи одговор каква је сада правна природа овог процесног субјекта – може ли бити странка у поступку као до сада или је орган кривичног поступка. Са концепцијског становишта значајно је каква је доказна снага доказа које јавни тужилац прибави у истрази и колико је новим законом установљена надмоћ јавног тужиоца над окривљеним, и може ли се таква надмоћ правдати њиховим процесним улогама да би кривични поступак био фер. Пошто на покретање и окончање истраге суд нема никаквог утицаја, за правну сигурност грађана значајно је може ли одлука јавног тужиоца о обустави истраге стећи снагу пресуђене ствари, тј. постати *res iudicata*. Са уређењем главног претреса на чисто адвезијалним принципима, с једне стране, и укидањем принципа утврђивања материјалне истине и потпуном паисвизацијом суда у домену доказивања, јавни тужилац је добио суштински потпуно нови процесни положај. На бази истраживања свих тих права која сада јавни тужилац има као странка на главном претресу, треба објаснити како се уређење квалитативно нове улоге јавног тужиоца одражава на законом установљене циљеве кривичног поступка. Анализа досадашњих и нових овлашћења јавног тужиоца на главном претресу и у поступку по правним лековима, омогућила би да се утврди какав утицај има јавни тужилац на казнену политику у општем и посебним кривичним поступцима.

Функција гоњења јавног тужиоца не исцрпљује се у редовном кривичном поступку. У том контексту, треба приметити да је проширено поље примене страначких споразума на основу којих суд изриче пресуду без одржавања главног претреса, и то на сва кривична дела, и поље примене тзв. условног одлагања кривичног гоњења, на кривична дела са запређеном казном до пет година затвора, то отвара питање каква је сада правна и фактичка моћ јавног тужиоца у примени кривичне репресије према учиниоцима кривичних дела, па консеквентно и питање да ли је и у којој мери квалитативно измењен општи положај јавног тужиоца и његова улога као државног органа.

Пошто је кривично гоњење стављено у надлежност јавног тужилаштва као државног органа, пре објашњења процесног положаја треба сагледати његову организацију и уређење који су детерминисани уставним нормама и прописима тзв. организационог права. На бази анализе уставног положаја јавног тужилаштва, доводећи је у везу са општим процесним положаје јавног тужиоца у редовном и посебним кривичним поступцима, као и диверзионој форми, треба истражити да ли су природа и принципи уређења овог државног органа у хармонији са улогом и задацима јавног тужиоца у новом моделу српског кривичног поступка.

2. ПРЕДМЕТ ИСТРАЖИВАЊА

Дефинисање и опрационализација предмета истраживања. Изабраном темом дисертације и постављеним проблемом научног истраживања одређене су границе и сам предмет истраживања. Као предмет истраживања одређен је „Положај јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку Србије“. За овако формулисани предмет истраживања може се рећи да је довољно прецизиран, али и да је ипак широко постављен, па га треба ближе одредити. Пошто се ова тема може изучавати мултидисциплинарно и у оквиру различитих правних наука и научних дисциплина, најпре треба прецизирати да ће тема бити обрађена са кривичнопроцесног аспекта. Како се свака правна наука ослања на позитивно право, предмет истраживања биће конкретизован везивањем за важеће кривично процесно законодавство Србије. Имајући у виду да јавни тужилац гони и пунолетне и малолетне учиниоце кривичних дела, као и чињеницу да поступак према малолетницима није реформисан, предмет истраживања биће ограничен на положај јавног тужиоца у кривичним поступцима који се воде против пунолетних учинилаца кривичних дела.

Да би се описао и дефинисао општи положај јавног тужиоца у кривичном поступку схваћеном у најширем смислу, треба истражити и објаснити његова овлашћења и дужности у свакој етапи поступка редовне и посебних форми кривичне процедуре. Зато је предмет научног истраживања тако и структуриран, с тим што пре излагања о процесном положају треба објаснити природу и уређење јавног тужилаштва, као државног органа установљеног да врши функцију кривичног гоњења. Кад се има у виду ово полазиште, операционализацијом и конкретизацијом предмета истраживања обухваћене су следеће подтеме:

1. Природа, организација и уређење јавног тужилаштва. Кривично гоњење поверено је јавним тужилаштвима, а јавни тужилац у име тог органа наступа у кривичном поступку. За разумевање те организационе везе потребно је дефинисати појам овог органа и одредити његову природу, приказати његов историјат, одредити уставни положај и објаснити принципе на којима је овај орган уређен, анализирати именовање јавних тужилаца са аспекта функционалне самосталности, и на крају, истражити и теоријскоправно оценити организациону и функционалну самосталност јавног тужилаштва као претпоставке хармонизације уставног и процесноправног положаја јавног тужиоца.

2. Јавни тужилац као руководилац предистражног поступка. То је прва етапа у којој треба сагледати овлашћења и дужности јавног тужиоца која изграђују његов положај. Он се заснива пре свега на овлашћењима која осигуравају његову руководећу улогу у овој етапи, а због свеобухватности треба истражити и све друге радње и мере које може предузети у овој етапи. Посебно је значајан однос јавног тужиоца и полиције, јер од њега у значајној мери зависи успешно откривање и доказивање учињених кривичних дела.

3. Положај јавног тужиоца у стадијуму претходног кривичног поступка. Овај стадијум чине две фазе – истрага и оптужење, па је потребно сагледати положај јавног тужиоца у обе ове фазе. У истрази треба истражити и објаснити доношење одлуке о покретању истраге и могућности њене контроле, као и правила по којима јавни тужилац спроводи истрагу. Због промене природе истраге, на положај јавног тужиоца утиче законом дефинисана сврха истраге, а нарочито доношење одлука о окончању истраге, у оквиру којих су за правну сигурност грађана значајне одлуке о обустави истраге због дискутабилне могућности да постану пресуђена ствар. Реална моћ јавног тужиоца у директној је зависности од доказне снаге резултата до којих јавни тужилац

дође предузимањем доказних радњи, поједностављено речено, да ли могу бити чињенична основа пресуде. У фази оптужења јавни тужилац се трансформише из органа поступка у кривичнопроцесну странку. Стога та процесна правила морају бити саставни део предмета научног истраживања. С тим је директно повезано подизање оптужбе и власт одлучивања о непосредном оптужењу.

4. *Јавни тужилац као странка у главном стадијуму кривичног поступка.* Треба најпре објаснити читаву страначку активност јавног тужиоца у фази припремања главног претреса, а особито на припремном рочишту, које представља потпуно нову установу али од које сада непосредно зависи могућност и успешност доказивања оптужбе. За положај јавног тужиоца на главном претресу значајно је законско уређење ових делатности: изношења оптужбе и уводних излагања, учешће јавног тужиоца у доказном поступку, а посебно у извођењу појединих доказа (испитивање сведока и вештака), које је уређено по узору на оптужни тип кривичног поступка, и на крају, завршне речи странака, које су прилагођене континуираној активној улози тужиоца.

5. *Јавни тужилац као субјект редовних и ванредних правних лекова.* Чињеница да су поступци по правним лековима факултетивног карактера јер се покрећу искључиво на иницијативу кривичнопроцесних странака и евентуално, у ограниченом обиму, на иницијативу других овлашћених субјеката, као и реформски захват у границе испитивања побијане пресуде којим се одговорност за правилности законитост судских пресуда прбацује на странке, присиљавају јавног тужиоца на изузетну активност у поступцима по редовним и ванредним правним лековима. Поред положаја у поступку по жалби, као редовном правном леку, и поступку по захтеву за понављање, као ванредном правном леку, треба објаснити и поступак по захтеву за заштиту законитости, у коме јавни тужилац задржава извесне ингеренције чувара законитости.

6. *Диверзионе форме решавања кривичних ствари у власти јавног тужиоца.* Од познатих у упоредном праву, наш законодавац је увео две диверзионе форме – условно одлагање кривичног гоњења и одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности, као моделе примене начела опортунитета кривичног гоњења. Са ширењем ових форми, јача улога јавног тужиоца и он поприма неке одлике правосудног органа, што ову област увршћује у обавезни структурални елемент предмета истраживања.

7. *Положај јавног тужиоца у упрошћеним формама кривичног поступка.* У српском кривичнопроцесном законодавству, за положај и улогу јавног тужиоца значајне су две упрошћене форме – једна консесуална и једна мандатна, којима се

избегава одржавање главног претреса а кривична ствар се пресуђује. Са становишта остваривања циља установљавања ове упрошћене форми, јавни тужилац има одлучујућу улогу и доминантан положај у поступцима пресуђења на основу страначких споразума, те су из тог разлога инволвирани у предмет истраживања. И друга упрошћена форма, законом прописана као рочиште за изрицање кривичне санкције, није могућа без јавног тужиоца, само је основ за њену примену тежина дела и јачина доказног материјала с којим он располаже, те се у суштини ради о једном мандатном поступку.

8. *Утицај јавног тужиоца на казнену политику.* На бази оцене положаја јавног тужиоца у редовном поступку, у свим његовим фазама, и свим другим врстама кривичног поступка, може се истражити и објаснити какав утицај јавни тужилац има на казнену политику, као значајног фактора друштвене реакције у циљу сузбијања криминалитета. Отуда су правила о предлагању и изрицању мере и врсте кривичних санкција у општој форми и сва правила о упрошћеним формама у том домену, саставни део предмета научног истраживања.

Просторно и временско одређење предмета истраживања. Обрада овако структурално опредељеног предмета истраживања, указује и на просторне и временске детерминанте истраживања, посматрано у својој укупности, пошто је истраживање везано за позитивно право. Како се територијално важење кривичног процесног законодавства везује за Србију, тиме је уједно просторно детерминисан предмет истраживања, а временски се везује за време од ступања новог процесног законика на снагу. Коришћење упоредноправног и историјског метода, следствено проширује овако одређене просторне и временске границе општег научног истраживања.

3. ЦИЉ ИСТРАЖИВАЊА

Истраживање положаја јавног тужиоца у радикално реформисаном кривичном поступку Србије има научне и прагматичне друштвене циљеве.

Научни циљеви.- Више је научних циљева који се настоје постићи обрадом постављеног проблема истраживања. Најпре треба применом догматског метода пронаћи, анализирати и описати овлашћења и дужности јавног тужиоца које изграђују његов општи положај у кривичном поступку, схваћеном у најширем смислу. На основу квалитативних одлика и њихових међусобних, методом апстракције и генерализације, установити истородна овлашћења и дужности, па их класификовати по критеријуму да ли припадају јавном тужиоцу као државном органу или као кривичнопроцесној

странци. С тим циљем потребно је описати, класификовати и објаснити јавнотужилачка овлашћења и дужности у предистрази и свим фазама кривичног поступка. Тако утврђене детерминанте треба довести у везу са квантумом права и дужности јавног тужиоца према раније важећим прописима, као и с њима повезаним процесним установама, како би се утврдиле квантитативне и квалитативне промене у његовом положају и степен јачања моћи јавног тужиоца у поступку примене кривичне репресије.

За општи положај јавног тужиоца од утицаја је однос овог државног органа и полиције, доказна снага процесних радњи јавног тужиоца које предузме у предистрази и истрази, форма и субјекти радњи доказивања на главном претресу, делотворност правних средстава с којима јавни тужилац располаже да би омеђио казнену политику, овлашћења да иницира упрошћене и диверзионе форме решавања кривичних ствари, па се нужно научни циљеви распростиру и на ове домене. Као научни циљ треба издвојити утврђивање односа између јавног тужиоца и полиције, како би се закључило у ком степену је законом осигурана функционална хијерархија јавног тужиоца која омогућује ваљано прикупљање доказа значајних за покретање и окончање кривичног поступка, који су најчешће и одлучујући за успешно откривање и доказивање кривичних дела. Анализа и објашњење какво је дејство изједначавања јавнотужилачких доказа са судским на ефикасност али и правичност поступка такође је циљ, као и критичка анализа овог концепцијског раритета. У непосредне циљеве истраживања уврштено је објашњење нивоа утицаја на казнену политику на бази анализе правних средстава и форми поступака стављених на располагање јавном тужиоцу. У том контексту, као научни циљ постављено је да се објасни има ли јавно тужилаштво потребан уставом дефинисани капацитет да изриче парапелалне мере учиниоцима кривичних дела у диверзионој форми поступка решавања кривичних ствари.

Сви постављени научни циљеви треба да омогуће да се општи положај јавног тужиоца уобличи и конструише теоријска дефиниција овог правног појма и да објашњење структуралних елемената и одлика који га изграђују. На тој основи ће се дати правнотеоријска експликација компатибилности уставног положаја јавног тужилаштва са квалитативно измењеном улогом јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку.

Друштвени циљеви.- Спознаје до којих се дође остварењем постављених научних циљева могу ваљано да послуже за предузимање одговарајућих друштвених активности у три поља.

На легислативном плану, критичка анализа позитивног права којим је уређен положај јавног тужиоца, полазећи од савремених доктринарних ставова у науци кривичног процесног права, може послужити српском законодавцу да сагледа и отклони недостатке и противречности уређења положаја јавног тужиоца у новом моделу кривичног поступка. Приказ и објашњење упоредноправних решења, предлози *de lege ferenda*, до којих ће се доћи спровођењем научног истраживања, те научноистраживачки резултати у својој укупности, могу послужити законодавцу да приликом новелирања важећег кривичног процесног кодекса, побољша концепцију доследност и кохерентност, те да прецизније уреди, догради и побољша уређење процесног положаја јавног тужиоца.

На нивоу правосудне праксе, друштвени циљ би био да се егзегезом позитивног права, указивањем на правне празнине, те унутрашње и спољашње противречности процесноправних норми којима се уређују овлашћења и дужности јавног тужиоца, као и анализом правнотеоријских ставова о установама и принципима који се односе на јавног тужиоца, омогући правилна примена законских овлашћења у практичном поступању јавних тужилаца, сагласно законом установљеним објективним циљевима кривичног поступка.

На плану хармонизације нашег правног система са правом Европске уније, анализа и објашњење важећих кривичнопроцесних прописа, предлози за новелирање и унапређење законског уређења положаја јавног тужиоца, као и смернице за правилну интерпретацију закона од стране органа кривичног правосуђе, биће усмерени на хармонизацију нашег кривичног процесног права са европским правним стандардима о правичном поступку и стандардима о праву на правично суђење у целини.

4. ХИПОТЕЗЕ И НАЧИН (МЕТОДИ) ИСТРАЖИВАЊА

Хипотезе.- Полазећи од предмета и постављеног проблема истраживања, ослањајући се на ставове теорије кривичног процесног права и досадашња истраживања везана за права и дужности јавног тужиоца у кривичном поступку, може се поставити једна основна и више посебних хипотеза:

1. Законом установљена овлашћења и дужности у реформисаном (новом) моделу кривичног поступка Србије, радикално су изменили општи положај јавног тужиоца који изискује преиспитивање његове улоге у кривичном поступку, те законских и теоријских дефиниција класичних процесних појмова који су са њом повезани.

2. Из овако одређене опште хипотезе извиру ове посебне хипотезе:

- Јавни тужилац је *dominus litis* предистражног и претходног кривичног поступка, без одговарајуће спољашње контроле суда или оштећеног кривичним делом, која би била утемељена на ауторитативним правним стандардима.

- Јавни тужилац сада има одлучујућу улогу за покретање и ефикасност кривичног поступка. Стога мора бити континуирано и изузетно активан, и то као орган поступка и процесна странка која врши функцију оптужбе у судском кривичном поступку, уместо прилично пасивне странке којој су суд и други државни органи, до спроведене реформе, обезбеђивали успешно вршење функције кривичног гоњења.

- Прописима о организацији и уређењу полиције и јавног тужилаштва нису створени нормативни оквири да се јавном тужиоцу осигура функционална и организациона надређеност над полицијом по хијерархијском принципу у предистражном поступку и фази истраге, која би обезбедила да овлашћена лица полиције благовремено и обавезно извршавају налоге јавног тужиоца.

- Одговорност за успех кривичне тужбе преваљена је искључиво на јавног тужиоца јер је укинута „истражна максима“ и у потпуности је пасивизаран суд, а терет доказивања, тј. прикупљање и извођење доказа првенствено је у компетенцији јавног тужиоца.

- Јавни тужилац располаже правним инструментима у општој и посебним формама кривичног поступка да одлучујуће утиче на казнену политику.

- Због начина уређења диверзионе форме рашавања кривичних ствари која је искључиво у његовој компетенцији, јавни тужилац поприма атрибуте правосудног органа.

- Уставни принципи уређења и природа јавног тужилаштва као класичног државног органа везаног за извршну власт, у дисхармонији су са новом улогом јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку која за јавног тужиоца изискује извесну функционалну независност и атрибуте правосудног органа.

Методи истраживања.- Имајући у виду тему дисертације, у научном истраживању користиће се методи истраживања друштвених појава. С обзиром да је реч о друштвеном феномену, користиће се општи методи карактеристични за друштвене науке, као што су метод опажања, метод научне дескрипције (метод описивања) и научне експликације (метод објашњења). Од посебних научних метода биће коришћени: аналитичко-синтетички метод (за истраживање доктринарних гледишта о процесним установама и принципима везаним за процесни положај јавног

тужиоца); индуктивно-дедуктивни метод (приликом теоријских учења и ставова, ради оцене и извођења закључака о предмету тих научних опсервација); као и метод апстракције и генерализације, приликом дескрипције и категоризације овлашћења и дужности јавног тужиоца које детерминишу процесни положај јавног тужиоца.

С обзиром да положај неког процесног субјекта, па и јавног тужиоца, одређују овлашћења и дужности предвиђени у нормама кривичног процесног законодавства и да је приликом постављања проблема научног истраживања дефинисано да ће тема дисертације бити обрађена примарно са правнотеоријског аспекта, јасно је да се ради о правној теми, па пошто је тема правне природе, користиће се као главни догматички (правно-логички) метод.

Истраживањем ће бити обухваћена и нека савремена законодавства, пре свега европских држава, како би се стекао увид у општи приступ и модалитете уређења јавне кривичне тужбе и природу органа који се јављају као носиоци ове функције, што изискује примену упоредноправног метода. Међутим, приказ и анализа упоредноправних решења неће бити издвојени у посебан одељак, пошто се истражује правни појам високог степена генерализације, који то онемогућава. Зато ће се резултати изучавања и анализе упоредног права користити као аргумент у научној дескрипцији и објашњењу оних процесних овлашћења и дужности који детерминишу општи положај јавног тужиоца и природу овог државног органа.

За разумевање уставног уређења и функције јавног тужилаштва у правосудном систему, потребно је изучити и објаснити када су оваква организација и уређење јавног тужилаштва настали и развој овог органа у том временском периоду до данашњих дана. И ширење овлашћења јавног тужиоца треба истражити тумачењем раније важећих прописа, како би се уочио тренд развоја и разумео садашњи општи положај јавног тужиоца. И један и други циљ изискују примену историјскоправног метода, с тим што ће историјат јавног тужилаштва бити приказан у посебном одељку, а настанак и промене у појединим овлашћењима и дужностима, у оквиру излагања о тим темама и с њима повезаним процесним установама.

5. НАУЧНА И ДРУШТВЕНА ОПРАВДАНOST ИСТРАЖИВАЊА

Научна и друштвена оправданост произлази из значаја и актуелности теме након увођења потпуно новог модела кривичног поступка, као и из дефинисаних циљева научног истраживања процесног положаја јавног тужиоца. Положај јавног тужиоца у кривичном поступку није обрађиван у већим научним радовима из кривичног

процесног права, ранга монографије или докторске дисертације. О појединим овлашћењима јавног тужиоца и његовом положају у појединим етапама, само се парцијано расправљало у научним и стручним радовима. Отуда и потреба да се свеобухватно теоријски сагледа његов положај, због значаја функције кривичног гоњења за откривање кривичних дела и учинилаца, као и за покретање и ефикасност кривичног поступка. Поред тога, до сада је јавни тужилац био само кривичнопроцесна странка која врши функцију оптужбе у судском поступку, а у новом моделу кривичног поступка он је и орган поступка и странка, па је са теоријског становиштва потребно објаснити то двојство његове улоге и дати научну експликацију трансформације из органа поступка у процесну странку. Нова овлашћења и нова улога јавног тужиоца у поступку доказивања, такође изискују теоријску обраду, а посебно да ли и у којој мери је дошло до квалитативних промена положаја јавног тужиоца у кривичном поступку. Треба имати у виду да је сада истрага јавнотужилачка а не судска и да је на њему одговорност за успешно доказивање постојања кривичног дела и одговорности учиниоца. Осим тога, сада је јавни тужилац снабдевен процесним средствима да утиче на изрицање врсте и мере кривичних санкција и у његовој власти је иницирање поједностављених форми кривичне процедуре, као што је поступак пресуђења на основу споразума странака. На крају, сада јавни тужилац фактички изриче алтернативне кривичноправне мере у диверзионим формама решавања кривичних ствари. На бази заузетих ставова до којих се дође научним истраживањем у свим овим доменима, треба оценити усклађеност уставног положаја и природе јавног тужилаштва са улогом коју јавни тужилац сада има у кривичном поступку, која надилази оквире обичног државног органа коме је поверено кривично гоњење учинилаца кривичних и других кажњивих дела. На крају, компилација адверзијалних и инквизиторских елемената у потпуно новом моделу кривичне процедуре изискује да се преиспитају класични процесни појмови карактеристични за мешовити кривични поступак. Сва ова питања чине изабрану тему изузетно актуелном и истовремено представљају изазов за научна истраживања, а од кривичнопроцесне теорије се очекују валидни одговори.

Истраживање положаја јавног тужиоца у кривичном поступку друштвено је оправдано, јер резултати до којих се дође могу послужити законодавцу и органима кривичног правосуђа. Приказана упоредноправна решења, указивање на грешке, недостатке и концепцијске недоследности процесног законика, као и на непрецизне и противречне законске норме, и предлози *de lege ferenda* који ћи бити учињени, могу

послужити законодавцу као основа за унапређење регулативе процесног положаја јавног тужиоца и доградњу кривичног поступка у целини. Валидне интерпретације, објашњења циља нових законских решења, систематска и телеолошка тумачења непрецизних и противречних процесноправних норми, као и неучно објашњење улоге јавног тужиоца у целини, могу бити корисни овлашћеним полицијским службеницима, јавним тужиоцима и судијама, како би правилно тумачили законске норме и исправно их примењивали у пракси. На крају, резултати истраживања могу послужити и у едукацију носилаца функција у свим правосудним органима.

II. ПРИРОДА, ОРГАНИЗАЦИЈА И УРЕЂЕЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

1. ДЕФИНИЦИЈА И ПРИРОДА ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

Савремени кривични поступак уређен је на начелу оптужбе, која је организована првенствено као јавна кривична тужба коју врше за то посебно установљени државни органи, који се означавају као прокуратура, државно или јавно тужилаштво. За дефинисање јавног тужилаштва уобичајено се у нашој кривичнопроцесној теорији користи законска, односно уставна дефиниција из датог времена, с тим што се на њу надовезује излагање о основној функцији и природи овог органа.² Према важећем Уставу, јавно тужилаштво је самостални државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости (чл. 156. ст. 1. Устава). Уставну дефиницију у истоветном тексту преузима важећи Закон о јавном тужилаштву.³

У литератури кривичног процесног права постоје и теоретичари који појмовно изједначавају јавног тужиоца и јавно тужилаштво.⁴ Они сматрају да је јавни тужилац „странка у кривичном поступку и у исто време самостални државни орган који има право и дужност да предузима гоњење учинилаца кривичних дела“.⁵ Јавни тужилац „делује у оквиру јавнотужилачке организације“ која претпоставља постојање јавног тужилаштва као посебног државног органа“.⁶

Јавнотужилачку организацију у Србији чине Републичко јавно тужилаштво, четири апелациона тужилаштва (са седиштем у Београду, Нишу, Новом Саду и Крагујевцу), виша јавна тужилаштва и тужилаштва посебне надлежности. Тужилаштва

² Види: Саша Кнежевић, *Кривично процесно право - општи део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2015), стр. 139; Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део* (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 155; Станко Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), стр. 157. и 158; Čedomir Stevanović, *Krivično procesno pravo SFRJ* (Београд: Научна књига, 1988), стр. 126; Милан Шкулић – Татјана Бугарски, *Кривично процесно право* (Нови Сад: Правни факултет, 2015), стр. 166.

³ Види чл. 2. ст. 1. Закона о јавном тужилаштву ("Службени гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011, 101/2011, 38/2012 (Одлука Уставног суда), 121/2012, 101/2013, 111/2014 (Одлука Уставног суда), 117/2014, 106/2015, 63/2016 (Одлука Уставног суда).

⁴ Види: Загорка Јекић, *Кривично процесно право* (Београд: Савремена администрација, 2001), стр. 79; Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Седмо измењено и допуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 108. и 109; Снежана Бркић, *Кривично процесно право I* (Нови сад: Правни факултет, 2014), 165. и 166.

⁵ Момчило Грубач, *Кривично процесно право, Увод и Општи део* (Београд: Научна књига, 2004), стр. 160.

⁶ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Седмо измењено и допуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 109.

чине једну пирамидално организовану целину, на чејем врху се налази Републичко јавно тужилаштво. Тужилаштва посебне надлежности су Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине, који су основани за територију Републике Србије, и подређени су директно Републичком јавно тужилаштву.

Јавно тужилаштво има две основне функције: а) гоњење учинилаца кривичних и других кажњивих дела и б) заштита уставности и законитости. Тужилачку функцију врше Републички јавни тужилац и други јавни тужиоци у складу са законом (чл. 4. ЗЈТ). Функција јавног тужиоца врши се у јавном интересу ради обезбеђивања примене Устава и закона, при чему се мора обезбедити поштовање и заштита људских права и основних слобода, и мора се вршити непристрасно (чл. 46.ЗЈТ).

Правна природа јавног тужилаштва није непосредно ни једнозначно одређена нормама позитивног права, па је зато комплексан проблем. Приликом одређивања његове правне природе треба узети у обзир уставни положај јавног тужилаштва, прописе организационог права (ЗЈТ) и кривичнопроцесна правила (ЗКП). Из систематике уставних норми о јавном тужилаштву може се закључити да је јавно тужилаштво орган власти, пошто је регулисано у оквиру петог дела Устава „Уређење власти“, у одељку „9. Јавно тужилаштво“. Међутим, уставним нормама и прописима организационог права није ближе одређено којој власти припада јавно тужилаштво, већ је само одређено да је у питању државни орган, самосталан у односу на друге органе власти. Јасно је да јавно тужилаштво није судски орган зато што не врши судску функцију и није независно као суд. Оно није ни обичан државни орган извршне власти, него самосталан орган у односу на друге органе државне егzekутиве и у односу на суд „са којим сарађује на истом послу“.⁷ Али кад се узме у обзир функција коју јавно тужилаштво врши и због које је установљено, она ближе одређује његову природу, повезујући ове две врсте власти. Наиме, како је кривично гоњење једна посебна правосудна функција коју оно врши, у нашој кривичнопроцесној теорији се сматра да је јавно тужилаштво по својој правној природи *посебан управно-правосудни државни орган*.⁸

⁷ М. Грубач, Кривично процесно право, Увод и Општи део (Београд: Научна књига, 2004), стр. 161.

⁸ Види: М. Грубач, Кривично процесно право, Увод и Општи део (Београд: Научна књига, 2004), стр. 161; С. Кнежевић, Кривично процесно право (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015), стр. 141; В. Ђурђић, Кривично процесно право - Општи део (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 158; С. Бркић, Кривично процесно право - II (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 165, 166; .

У погледу правне природе, интересантно је гледиште да је јавно тужилаштво „самосталан орган Народне скупштине који је функционално повезан са извршном влашћу посредством Владе“, која је носилац ове гране власти.⁹ Такав закључак, према овом схватању, проистиче и из члана 160. Устава, којим је прописано да Републички јавни тужилац, као хијерархијски највиши јавни тужилац, за свој рад одговара Народној скупштини, док сви остали јавни тужиоци одговарају и Народној скупштини и вишем јавном тужиоцу.

За разлику од положаја јавног тужилаштва у нашем правном систему, у континенталноевропским државама углавном се јавно тужилаштво сматра органом правосуђа.¹⁰ И код нас има теоретичара који, чини нам се под утицајем немачке теорије кривичног процесног права, такође сматрају да је „и у нашим условима *начелно адекватно*“ да се јавно тужилаштво „сматра делом правосуђа“, које је функционално одвојено од кривичних судова.¹¹ У прилог овом гледишту се наводи да јавни тужилац има функцију која превазилази улогу странке, да је у новом српском кривичном поступку истрага поверена јавном тужиоцу и да јавни тужилац руководи предистражним поступком и врши контролну функцију у односу на полицију.¹²

Не спорећи идеју да би према положају и функцији јавног тужиоца у новом моделу кривичног поступка, јавно тужилаштво требало да буде правосудни орган, ипак се не бисмо могли сагласити да се његова правна природа може променити само изменом кривичнопроцесног закона. Уставни положај, уређење и функција, па саобразно томе и природа јавног тужилаштва, били су одређени пре доношења новог процесног законика и нису измењени ни након његовог ступања на снагу. Само су одредбе организационог процесног права, тј. Закона о јавно тужилаштву усклађене са новим процесним закоником. Тешко је замислити да се може променити природа јавног тужилаштва без промене његовог уређења. Наше је мишљење да је јавно тужилаштво према уставном уређењу сувише подређено извршној власти да би суштински могло имати одлике правосудног органа које изискује нова улога јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку (о чему ћемо надаље расправљати у излагању о организационој и функционалној самосталности јавног тужилаштва). Полазећи од те

⁹ Г. Илић, „Јавно тужилаштво у одбрани јавног интереса“, у: *Јавно тужилаштво и јавни интерес* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2018), стр. 6.

¹⁰ S. Seiler, *Strafprozessrecht* (Wien: 2009), стр. 80.

¹¹ Милан Шкулић, „Веће тужилаца и јавно тужилаштво у Србији у светлу важећих законских и уставних решења и могућих/пожељних промена“, у: *Јавно тужилаштво и јавни интерес* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2018), стр. 46.

¹² *Ibidem*, стр. 47.

чињенице и узимајући у обзир принципе на којима је уређено јавно тужилаштво, установљене још половином прошлога века, ми управо закључујемо да постоји несклад између уставног положаја и природе јавног тужилаштва, с једне стране, и улоге јавног тужиоца у вршењу кривичног правосуђа, с друге стране.¹³

Положај јавног тужиоца у поступку решавања кривичне ствари уређује се с обзиром на основну функцију коју он у том поступку врши. Основна функција јавног тужиоца је гоњење официјелних кривичних дела, на које га обавезује начело легалитета, а за лакша кривична дела овлашћен је да функцију гоњења врши на основу дискреционе оцене. Процесни положај јавног тужиоца чини скуп овлашћења и дужности које он по закону има да би реализовао функцију кривичног гоњења у поступку расветљења и решења кривичних дела која се гоне по службеној дужности. Основно право и основна дужност јавног тужиоца је гоњење учинилаца кривичних дела за која се гони по службеној дужности (чл. 43 ст. 1 ЗКП). Специфичност положаја јавног тужиоца у поступку је у томе што је амбивалентан – он је кривичнопроцесна странка и истовремено државни орган који гони учиниоце кривичних дела.¹⁴

Јавни тужилац има положај странке само у фазама поступка које се одвијају пред судом, што значи да има својство кривичнопроцесне странке само у судском кривичном поступку. Положај кривичнопроцесне странке видљив је из последица које из тог својства произилазе: прво, јавни тужилац *нема никаквих овлашћења према окривљеном* као супротној странци ни према осталим учесницима судског поступка; друго, окривљени и други учесници у поступку *немају право жалбе против аката јавног тужиоца*, јер су одлуке јавног тужиоца интерног карактера па стога обавезују само њега и јавно тужилаштво, а не суд и окривљеног.¹⁵ Као странка, јавни тужилац: подиже и заступа оптужбу у судском кривичном поступку; предлаже извођење доказа и чињенице које треба утврдити; на главном претресу учествује у извођењу доказа и сам изводи доказе (испитује сведоке и вештаке) и даје завршну реч у својству тужиоца;

¹³ Овај несклад између уставног положаја јавног тужилаштва и процесног положаја јавног тужиоца упечатљиво је осликан у наслову рада: "Тужилаштво совјетско, поступак амерички", аутора Г. Илића, у: Милан Шкулић – Горан Илић, *Како је пропала реформа - Шта да се ради?* (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, 2012а), стр. 131.

¹⁴ М. Грубач, *Кривично процесно право, Увод и Општи део* (Београд: Научна књига, 2004), стр. 160. и 162; С. Кнежевић, *Кривично процесно право* (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015), стр. 149; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део* (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 165.

¹⁵ Види: Тихомир Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ* (Београд: Завод за издавање уџбеника, 1971), стр. 135; М. Грубач, *Кривично процесно право, Увод и Општи део* (Београд: Научна књига, 2004), стр. 162.

изјављује редовне правне лекове против неправноснажних и ванредне правне лекове против правноснажних судских одлука.

Све док не започне кривични поступак у којем се појављује и супротна странка, а који би начелно морао да се одвија пред независним и непристрасним судом, јавни тужилац суштински и нема функцију странке.¹⁶ Јавни тужилац има положај државног органа у предсудећим фазама поступка у којима је орган поступка, а такође и у судском кривичном поступку кад такав положај има с обзиром на установљене дужности и овлашћења која не припадају тужиоцу као странци или с обзиром на последике поступка или пропуштања радњи које га не погађају, за разлику од противне странке и других овлашћених тужилаца, према којима производе дејство.

Као државни орган јавни тужилац је руководилац предистражног поступка, има овлашћење да предузима све радње на које је овлашћена полиција и овлашћење да применом начела опортунитета скрене поступак у диверзиону форму решавања кривичне ствари. У истрази је такође орган поступка: он доноси одлуку о покретању истраге, предузима све доказне радње приликом спровођења истраге (и одлучује о доказни предлозима одбране), одређује браниоца по службеној дужности и доноси одлуку о обустави истраге.

Баш зато што као државни орган предузима кривично гоњење и што у предсудећим фазама није кривичнопроцесна странка, јавни тужилац има *дужност да поступа у јавном интересу*, због чега је прописано да мора бити *објективан* (да са једнаком пажњом прикупља доказе и испитују чињенице које терете кривљеног, и оне које иду у прилог одбрани)¹⁷ и *непристрасан*¹⁸ (па се због ове дужности и на њега примењује установа изузећа).¹⁹ Поред ових посебно установљених дужности, за јавног тужиоца установљена су и нека посебна овлашћења која су му дата као државном органу који врши кривично гоњење у јавном интересу. У та овлашћења спадају најпре овлашћења да са окривљенима закључује споразуме о признању кривичног дела и да за лакша кривична дела предлаже спровођење упрошћене форме кривичног поступка (у

¹⁶ Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998), стр. 57.

¹⁷ Упореди: Милан Шкулић, „Веће тужилаца и јавно тужилаштво у Србији у светлу важећих законских и уставних решења и могућих/пожељних промена“, у: *Јавно тужилаштво и јавни интерес* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2018), стр. 47.

¹⁸ У литератури се непристрасност јавног тужиоца критикује са становишта природе новог модела кривичног поступка: „уочљива је једна нереална тенденција - да се пређе на расправни, страначки поступак, а да тужилаштво задржи непристрасност.“ (Вања Бајовић, „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, у: *Реформа кривичног права*, Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2014, стр. 159).

¹⁹ Види чл. 6. ст. 4. ЗКП-а.

закону означене као рочиште за изрицање кривичне санкције). Јавном тужиоцу је као државном органу у судском кривичном поступку дато и *овлашћење да даје мишљење суду* о одређивању или укидању притвора и да суду правног лека даје мишљење, односно предлоге поводом изјављених правних лекова, кад је поступак покренут и вођен по његовом захтеву.

На крају, као последице које не погађају јавног тужиоца зато што се у судском кривичном поступку третира као државни орган, може се навести законска регулатива да јавни тужилац *не може сносити трошкове поступка* (што може бити обавеза за супротну странку и за остале овлашћене тужиоце) и да су за јавног тужиоца поједини *рокови инструктивни*, док су за остале тужиоце ти исти рокови преклузивни.

2. ИСТОРИЈАТ СРПСКОГ ТУЖИЛАШТВА

а) Историјат јавног тужилаштва у Србији не започиње са првим законским уређењем кривичног поступка. Разлог томе је што је Законом о поступку судском у кривичним делима Кнежевине Србије из 1865. године, уведен инквизиторски систем кривичног поступка,²⁰ у коме основне кривичнопроцесне функције – оптужба одбрана и суђење нису биле одвојене, већ су биле „усредсређене у једном лицу – у лицу пуновласног судије“.²¹ С обзиром на такво уређење кривичног поступка, није било потребно установити јавно тужилаштво као засебну институцију која би гонила учиниоце кривичних дела и заступала оптужбу пред судом. Треба ипак приметити да закон познаје вршиоца функције *државног тужиоца*. Поступак је текао тако што су ислеђујуће власти²² подносиле тужбу суду, који је ако оцени да има места кривичном прогону предавао предмет испитујућем одбору, односно вршиоцу функције државног тужиоца²³ који предузимају истражне радње „по правилима дослеђења“. По предузимању потребних дослеђења, вршилац функције државног тужиоца подносио је

²⁰ Закон је рађен по узору на већ тада застарели аустријски кривични поступак из 1853. године. То је у ствари био скраћени превод „Глунековог реакционарног кривичног поступка“ (Метод Доленц, *Теорија судског кривичног поступка за Краљевину Југославију*, Београд: Издавачка књижарница Геце Кона, 1933, стр. 3).

²¹ Михаило Чубински, Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 16. фебруара 1929. године (Београд: Издавачка књижарница Геце Кона, 1933), стр. 42.

²² Ислеђујуће власти биле су „полицајна ислеђујућа власт“ (§§ 20 и 21) и „правителствени правобранитељ“ за кривична дела чиновника која су они у „званичној дужности учинили“ (§ 32)..

²³ „Полицајна ислеђујућа власт може у важним и заплетеним случајевима злочинства, одмах у почетку ислеђења доставити случај суду, да овај одреди једног судијау са писаром који ће дело иследити и суду поднети“ (§ 22). Управо је тај судија вршио функцију државног тужиоца (§ 23).

суду оптужницу. Кроз читав даљи ток поступка оптужбу је заступао вршилац функције државног тужиоца.²⁴

б) Јавно тужилаштво као посебна државна институција први пут је уведено у српски правни систем доношењем Закона о државним тужиоштвима Краљевине Југославије, од 21. марта 1929. године. Установљавање једног таквог органа било је потребно јер је Закоником о судском кривичном поступку, од 16. фебруара 1929. године, претходно уведен један савремени кривични поступак заснован на начелу оптужбе, који је изискивао постојање државног органа који би вршио јавну кривичну тужбу. Законом су установљена државна тужиоштва „код окружних, Апелационих судова и касационог суда“ (§ 1. ЗДТ). Државно тужиоштво, према слову закона, сасвим је одвојено од судске власти и сматрано је за орган извршне власти.²⁵ Организација државних тужиоштава је јединствена и недељива, чврсто хијерархијски уређена, на чијем челу је министар правде као врховни управно-правосудни орган. Министар правде непосредно врши надзор над врховним државним тужиоштом вишим државним тужиоштвима, и уједно општи надзор над свим државним тужиоштвима целе државе, док виши државни тужиоци врше надзор над државним тужиоштвима свога подручја (§14 ЗДТ).

Функције државног тужиоштва дефинисане су законом којим је оно и установљено. Најпре је одређен делокруг: учешће у кривичном поступку, старање да се поступак убрза и закони правилно примене, као и употреба свих правних средстава и правних лекова. Ближе одређење његове функције обухвата старање о покретању извиђаја (откривање кривичних дела и проналажење учинилаца) и судског кривичног поступа, и подизање и заступање „јавне оптужбе“ (§ 3 ст. 1. и 2. ЗДТ). Функцију, односно дужност државног тужиоштва врше: на нивоу окружних судова државни тужилац и његови заменици, код апелационих судова виши државни тужилац и његови заменици, а код Касационог суда, врховни државни тужилац и његови заменици (§ 2 ст. 1). Све државне тужиоце и њихове заменике постављао је Краљ, својим указом, на предлог министра правде, и уз сагласност председника владе (Министарског Савета). За свој рад, заменици државних тужиоца били су одговорни свом старешини тужиоштва, државни тужиоц и виши државни тужиоци министру правде, а окружни тужиоци надлежним вишим државним тужиоцима.

²⁴ Опширније: Војислав Ђурђић, Горан Илић, Небојша Ранђеловић, *Српско државно тужилаштво 1804-2004* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2004), стр. 60-65.

²⁵ *Ibidem*, стр. 87.

Стварна надлежност државних тужиоштава била је одређена Законом о судском кривичном поступку (§ 39 ЗСКП). С обзиром на установљена овлашћења, државни тужиоц је имао двоструки положај – положај власти и положај странке. Општи положај државног тужиоштва као власти у судском кривичном поступку најпре је био одређен Законом о државним тужиоштвима: била је прописана општа дужност за судове да „кад одлучују о предметима јавног интереса“ пре него донесу одлуку дају прилику државном тужиоштву да се изјасни или да учини своје предлоге (§ 5. ст. 2), а све државне и самоуправне власти биле су дужне „државним тужиоштвима давати правну помоћ у службеним пословима“ (§ 6 ст. 1). Процесним законом само су разрађена и конкретизована овлашћења дата државном тужиоцу као органу власти: све власти, што значи и државно тужиоштво, дужне су „да подједнаком брижљивошћу узимају у обзир како околности које окривљеника терете, тако и околности које му служе за одбрану, и да га поучавају о његовим правима и онде где то у закону и није речено“ (§ 3); држани тужилац је овлашћен „за покретање извиђаја и истраге код свих кривичних дела за која се гони по службеној дужности“ (§ 39. ст. 1. тач. 1); све друге власти дужне су „одмах и тачно извршавати наредбе и молбе“ које им упути државни тужилац (§ 47. ст. 1); државни тужилац је овлашћен да у хитним случајевима нареди полицијским властима да изврше претресање (§ 139 ст. 4); државни тужилац код окружног суда има овлашћење да разматра списе које срески суд шаље окружном суду поводом поднетог правног лека (§397. ст. 2); у поступку по правним лековима, приликом доношења појединих судских одлука претходно се саслушава државни тужилац (види нпр. § 346 ст. 1, §354 ст. 1. и §355 ст. 1); државни тужилац је овлашћен да подиже захтев за заштиту закона (§357), у јавном интересу;²⁶ и друга овлашћења. Као кривичнопроцесна странка, државни тужилац подиже и заступа оптужбу, изјављује правне лекове и предузима све друге потребне радње да се оптужба одржи.

в) Након Другог светског рата, јавно тужилаштво је било један од првих органа које је устројено у изградњи нове југословенске државе. Устав ФНРЈ²⁷ предвиђа јавно тужилаштво као „орган Народне скупштине ФНРЈ за вршење надзора ради правилног испуњавања закона од стране свих министарстава и осталих њима потчињених управних органа и установа ФНРЈ и народних република, службених лица и свих

²⁶ М. Чубински, Научни и практични коментар Закона о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 16. фебруара 1929. године (Београд: Издавачка књижарница Геце Кона, 1933), стр. 618.

²⁷ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 10, од 1. фебруара 1946.

грађана“ (чл. 124. Устава ФНРЈ). Функција кривичног гоњења тек је поменута у одредбама о техничким инструментима за вршење надзора, у члану 127. Устава. Овако устројено јавно тужилаштво, са истим функцијама преузима Закон о јавном тужилаштву из 1946. године.²⁸ Јавно тужилаштво је устројено као јединствена централизована организација, на чијем челу је јавни тужилац ФНРЈ, коме су подређени сви остали тужиоци, и он руководи радом читавог јавног тужилаштва. Јавног тужиоца ФНРЈ и његове заменике бира и разрешава Народна скупштина, јавни тужилац ФНРЈ именује јавне тужиоце федералних јединица, који именују све ниже јавне тужиоце, уз потврду јавног тужиоца ФНРЈ. Јавни тужилац ФНРЈ је за свој рад одговарао Президијуму Народне скупштине, а сви остали тужиоци су њему били одговорни. Наредбе и упутства виших тужилаца била су обавезна за ниже подручне тужиоца, а такође и решења која у појединим случајевима издају надређени јавни тужиоци.

Јавно тужилаштво је према уставном положају било контролни (надзорни) орган Народне скупштине, па би се могло рећи да је по својој природи управни орган. Међутим, због функције и широко постављене његове надлежности, заступљено је гледиште да такво јавно тужилаштво треба дефинисати као управно-правосудни орган,²⁹ односно да је наведеним прописима одређен карактер јавног тужилаштва као самосталног „правосудног и државног органа“.³⁰ Јавно тужилаштво је имало две основне функције. Примарна функција била је општи *надзор над законитошћу* рада, пошто је јавно тужилаштво било устројено као специфичан орган највишег законодавног тела коме је поверено чување законитости. Овлашћења општег надзора и контроле законитости рада свих органа и појединаца, чинили су јавно тужилаштво веома моћним органом власти. Друга, не мање важна функција била је *кривично гоњење* учинилаца кривичних дела која се гоне по службеној дужности.

Јавно тужилаштво је било јединствен државни орган заснован на начелима *самосталности и спољашњој независности*. Иако прокламовано, начело самосталности било је ограничено овлашћењем Президијума Народне скупштине да поништи, укине или обустави од извршења акт јавног тужиоца ФНРЈ за који оцени да је неправилан или незаконит. Према другим државним органима начело спољашње независности било је очувано јер су јавни тужиоци у свом раду били независни од других државних органа.

²⁸ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 60, од 22. јула 1946.

²⁹ В. Бурђић, Г. Илић, Н. Ранђеловић, Српско државно тужилаштво 1804-2004 (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2004).

³⁰ Вуковић Љубица, Савезно јавно тужилаштво 1945-1992 - установа и архивска грађа, *Архив Југославије*, ½ (2016), стр. 65.

Унутрашња организација била је заснована на начелима хијерархије, централизма и монократског уређења.³¹

У кривичном поступку јавни тужилац је имао положај државног органа и странке. Кривични поступак био је уређен Законом о кривичном поступку из 1948. године,³² који је урађен по узору на тадашње совјетско кривичнопроцесно законодавство. По овом закону, читав претходни поступак био је у рукама јавног тужиоца. Овај део претходног стадијума називао се ислеђење и имао је две фазе, фазу извиђаја и фазу истраге.³³ Одлуку о покретању и извиђаја и истраге доносио је јавни тужилац, спроводио је ове предсудеће фазе предузимањем извиђајних и истражних радњи, било сам или преко иследених органа и одлучивао је о приговорима учесника на поступак иследних органа.³⁴ Док је јавни тужилац *dominus litis* извиђаја, у судском стадијуму кривичног поступка он има положај и државног органа и странке. Као државном органу била су му дата овлашћења: да се стара о правилном и брзом вођењу поступка и о јединственој примени кривичног закона (чл. 35. ст. 1. тач. 1); да изјави жалбу и на штету и у корист окривљеног (чл. 258. ст. 3), да му се по изјављеној жалби списи предмета достављају на разматрање (чл. 269. ст. 1), да изјављује захтев за заштиту законитости (чл. 299) и др. Као странци дата су му овлашћења да подиже и заступа оптужбу у судском поступку (чл. 35. ст. 1. тач. 5).

г) Педесетих година прошлога века настају промене у економском, друштвеном и државном уређењу, које су се одразиле и на уређење кривичног поступка и јавног тужилаштва. Прво је 1953. године донет Законик о кривичном поступку,³⁵ којим у потпуности напуштен совјетски модел кривичног поступка. Наредне, 1954. године донет је Закон о јавном тужилаштву,³⁶ којим је измењен положај јавног тужилаштва у систему власти. Од органа народне скупштине јавно тужилаштво је преуређено у управни орган под надзором савезне владе, тј. Савезног извршног већа. Тиме што је организационо устројено у склопу органа управе, измењена је и његова природа. Сада уместо скупштине, савезна влада именује Савезног јавног тужиоца, а он, као и раније,

³¹ Упореди: В. Ђурђић, Г. Илић, Н. Ранђеловић, Српско државно тужилаштво 1804-2004 (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2004), стр. 99.

³² „Службени лист ФНРЈ“ бр. 97/1948 од 6.11.1948. године.

³³ О ислеђењу види: чл. 106-130 ЗКП из 1948. године.

³⁴ Уређење садашње јавнотужилачке истраге има доста сличности са јавнотужилачком истрагом која је била уведена пре седам деценија Законом о кривичном поступку из 1948. године: ислеђење (извиђај и истрага) је било у искључивој надлежности јавног тужиоца; извиђај је био могућ и против непознатог учиниоца; против одлуке о покретању истраге није била допуштена жалба (види: Г. Илић, Порекло и искуства Србије са јавнотужилачком истрагом, 2013), стр. 97.

³⁵ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 40/1953, од 10. септембра 1953.

³⁶ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 51/1954, од 8. децембра 1954.

именује републичке јавне тужиоце уз сагласност републичких извршних већа. Све остале ниже јавне тужиоце, као и до тада, именује републички јавни тужилац. Друга значајна промена везана је за основну функцију јавног тужилаштва. Реформа функција јавног тужилаштва је радикална, уместо свеопштег контролора законитости рада органа и појединаца, *основна функција* јавног тужилаштва постаје *кривично гоњење* учинилаца кривичних дела. Функција контроле законитости сведена је може се рећи у разумне границе.

За разлику од његове природе и основне функције, пирамидална, строго централизована организација јавних тужилаштва остала је непромењена, као и принципи уређења овог органа. Спољашња и унутрашња организација јавног тужилаштва и даље се заснива на принципима јединства и недељивости, строге хијерархије и монократског уређења. Законом је предвиђена независност јавног тужилаштва у вршењу својих функција. Међутим, и поред прокламације да јавно тужилаштво врши своју функцију кривичног гоњења на основу устава и закона, што би требало да буде гаранција функционалне независности, оно је дужно да своје функције врши *у оквиру смерница* савезног и републичких извршних већа. Зато се, и поред прокламоване независности, може рећи да је јавно тужилаштво у значајној мери зависно од извршне власти.

Прилично је измењен и положај јавног тужиоца у кривичном поступку. Тежиште овлашћења јавног тужиоца премешта се са државног органа на јавног тужиоца као кривичнопроцесне странке. Јавни тужилац више није господар читаваог претходног кривичног поступка са јаким утицајем на суд. У новом кривичном поступку у надлежности јавног тужиоца остала је само фаза извиђаја, док је истрага постала судска. Као носилац функције кривичног гоњења за официјелна кривична дела, јавни тужилац је могао само иницирати покретање истраге подношењем захтева суду. И у даљим фазама поступка више је изражен положај јавног тужиоца као процесне странке. Након спроведене истраге, истражни судија је достављао списе предмета јавном тужиоцу да одлучи о подизању оптужбе. По подизању оптужног акта, јавни тужилац је заступао оптужбу на главном претресу, а након доношења пресуде могао је изјавити редовне и ванредне правне лекове. Поред права и дужности које је имао као странка, јавни тужилац је задржао и раније овлашћења која је имао као државни орган.

г) Друштвене и правне промене настале после уставне реформе југословенске државе 1963. године,³⁷ одразиле су се и на положај јавног тужилаштва. Јавно тужилаштво поново постаје уставна категорија јер су одредбе о јавном тужилаштву унете у Устав СФРЈ (чл. 142-144).³⁸ И даље је организација и уређење јавног тужилаштва у надлежности савезне државе. Сагласно новим уставним одредбама, 1965. године донет је Закон о јавном тужилаштву СФРЈ,³⁹ којим је раскинута веза између јавног тужилаштва и извршне власти (савезне и републичке), а јавно тужилаштво је устројено као *самосталан орган друштвене заједнице*.⁴⁰ Након уставних амандмана 1967. и 1968. године,⁴¹ измењен је и орган који именује јавне тужиоце. Новина је да према уставним амандманима републичке јавне тужиоце именују републичке скупштине, те да се одговорност за вршење функција јавног тужилаштва такође преноси са федерације на републике. У уставним и законским одредбама оно је дефинисано као самостални орган који врши кривично гоњење, предузима законом одређен мере и правна средства ради јединствене примене закона и заштите законитости.⁴² Због раскида са извршном влашћу и прокламоване самосталности, у литератури је по својој природи јавно тужилаштво означавано као „самостални орган *правосуђа*“;⁴³ односно да „има одлике правосудног органа у ширем смислу, али посебне природе, посебног положаја и специфичних функција“,⁴⁴

Спољашње и унутрашње уређење и даље је засновано на истим принципима, а такође су исте и функције које обавља – кривично гоњење и заштита законитости, са извесним ширењем функција у једном до тада непознатом домену. Конкретно, стављено је у надлежност јавног тужилаштва да прати и проучава односе и појаве значајне за ефикасност гоњења и заштиту законитости, и да о уоченим негативним појавама обавештава надлежне органе и организације тадашње социјалистичке друштвене заједнице.

³⁷ Устав СФРЈ („Службени лист СФРЈ“, бр. 14, од 10. априла 1963).

³⁸ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ* (Београд: Завод за издавање уџбеника, 1971), стр. 133.

³⁹ „Службени лист СФРЈ“, бр. 7/1965, 06. фебруара 1965. године.

⁴⁰ В. Ђурђић, Г. Илић, Н. Ранђеловић, *Српско државно тужилаштво 1804-2004* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2004), стр. 108.

⁴¹ Види Амандман бр. 4. („Службени лист СФРРЈ“ бр. 18/67) и Амандман бр. 16 („Службени лист СФРРЈ“ бр. 55/68).

⁴² Види чл. 142. Устава СФРЈ, чл. 1. Закона о јавном тужилаштву СФРЈ и чл. 80. Устава Србије.

⁴³ Драгољуб Димитријевић, *Кривично процесно право* (Београд:, 1972), стр. 104.

⁴⁴ В. Ђурђић, Г. Илић, Н. Ранђеловић, *Српско државно тужилаштво 1804-2004* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2004), стр. 109.

Процесни положај јавног тужиоца унеколико је измењен новелом Законика о кривичном поступку из 1967. године.⁴⁵ Са становишта положаја јавног тужиоца, значајно је да је укинут извиђај као фаза кривичног поступка коју је спроводио јавни тужилац. Уместо ове фазе устројен је преткривични поступак, у коме јавни тужилац и органи унутрашњих послова (тј. полиција) прикупљају податке и обавештења о кривичним делима и њиховим учиниоцима у циљу реализације функције кривичног гоњења.

д) Од уставних амандмана 1971. године у друштву се наставља процес изградње самоуправног социјализма, а државно уређење карактерише децентрализација власти и конфедерализација савезне државе, што се одразило и на уређење јавног тужилаштва. Од тог времена савезни устав⁴⁶ и савезни закон⁴⁷ садрже само одредбе о Савезном јавном тужилаштву, које је установљено само да поступа пред Савезним судом. Прописивање организације и уређења осталих јавних тужилаштва препуштено је републикама и покрајинама. Децентрализација власти и увођење самоуправних принципа у све сфере друштва утицале су да се настави већ започето слабљење власти јавног тужиоца. Сада, полазећи од републичког јавног тужиоца па наниже, јавне тужиоце именују скупштине одговарајућих друштвенополитичких заједница: републичког јавног тужиоца именује републичка скупштина, покрајинског покрајинска скупштина, окружне међуопштинска регионална заједница и општинске јавне тужиоце, скупштине општина.

Већ самим тим што је именовање јавних тужилаца било распоређено по скупштинама до најниже друштвенополитичке заједнице, била је угрожена спољашња самосталност. Њу је додатно угрожавала обавеза јавних тужилаштва да кривично гоњење остварују, осим на основу устава и закона, и у складу са политиком утврђеном општим актима друштвенополитичких заједница. Сагласно једној таквој концепцији, јавни тужилац је био одговоран вишем јавном тужиоцу и одговарајућој скупштини друштвенополитичке заједнице.

За овај период била је карактеристична изражена политизација услова за именовање јавних тужилаца и њихових заменика, како на савезном тако и на републичком и свим нижим нивоима друштвенополитичких заједница. За савезног,

⁴⁵ Законик о изменама и допунама Законика о кривичном поступку „службени лист СФРЈ“ бр. 23/67 од 24. маја 1967. године).

⁴⁶ Устав СФРЈ, „Службени лист СФРЈ“ бр. 21/1974, од 21. фебруара 1974. године.

⁴⁷ Закон о Савезном јавном тужилаштву, „Службени лист СФРЈ“, бр. 21/74.

републичког, покрајинског, окружног и општинског јавног тужиоца и његове заменике, као услов за именовање била прописана морално-политичка подобност кандидата. Због неиспуњавања овог услова сваки именовани јавни тужилац и њихов заменик, могао је бити разрешен дужности.

Спољашње и унутрашње уређење јавног тужилаштва и даље почива на истим принципима, али су децентрализација власти уопште а посебно подела судске власти између федерације, република и покрајина довеле у питање спољашње јединство јавног тужилаштва, и свела га у границе републике, односно покрајине. У исте границе постављено је и остваривање принципа хијерархије, односно принцип надређености виших и подређености нижих јавних тужилаца такође је сведен у републичке и покрајинске границе. У целини посматрано, за овај период била је карактеристична ограничена хијерархија у односу савезног, републичког и покрајинског јавног тужилаштва, пошто се односила само на део функције гоњења, односно делатности у републикама и покрајинама.⁴⁸

И даље су две основне функције јавног тужилаштва, кривично гоњење и заштита законитости. С тим у вези, јавна тужилаштва су имала још и обавезу да прате друштвене појаве и да о свом раду и остваривању законитости обавештавају скупштину одговарајуће друштвенополитичке заједнице.

Након доношења федералног устава, донет је и нови закон о кривичном поступку,⁴⁹ који је у суштини модернизовани законик из 1953. године. То је може се рећи био један врло савремен кривичнопроцесни кодекс, у коме јавни тужилац и даље има и положај кривичнопроцесна странке и положај државног органа.

ђ) За даљи историјат јавног тужилаштва значајна је ревизија прописа о организацији и уређењу јавног тужилаштва извршена Законом о јавном тужилаштву из 1989. године.⁵⁰ Укидање конфедералних елемената у уређењу републичке власти изражено кроз расподелу законодавне власти између републике и покрајина у њеном саставу, обухвата и законодавну регулативу јавног тужилаштва. Са становишта развоја овог државног органа, значајне су две промене.

Прво, *именовање и разрешење* јавних тужилаца стављено је у *искључиву надлежност републичке скупштине*. Све јавне тужиоце и њихове заменике, без обзира

⁴⁸ Весна Ракић Водинелић, *Правосудно организационо право*, Београд: Савремена администрација, 1994, стр. 105.

⁴⁹ Закон о кривичном поступку СФРЈ, „Службени лист СФРЈ, бр. 4/1977.

⁵⁰ „Службени гласник СР Србије“, бр. 45/89.

на ранг, именује републичка скупштина на предлог републичког јавног тужиоца, на мандат од осам година, са могућношћу поновног избора. Разрешење јавних тужилаца и њихових заменика такође је стављено у надлежност републичке скупштине, а поступак разрешења спроводила је Комисија за избор и именовање. Разлози за разрешење остали су исти као у дотадашњим прописима, с тим што је као нови разлог прописана неефикасност јавног тужиоца, односно заменика: „ако без оправданих разлога дуже време неуредно обавља ту дужност или не постиже задовољавајуће резултате“.

Друго, извршена је деполитизација услова за именовање јавних тужилаца и њихових заменика,⁵¹ тако што је укинута морално политичка подобност као услов за именовање и разлог за разрешење јавних тужилаца и њихових заменика. И поред тога остао је знатан институционални утицај политичке власти на јавно тужилаштво јер је именовање остало у надлежности републичког парламента а поступак разрешења води и разлоге утврђује посебно тело парламента а не посебно дисциплинско тело организације јавног тужилаштва.⁵²

е) После распада СФРЈ, у новонасталој држави Савезној Републици Југославији (СРЈ), чија је Србија била чланица, дошло је до промена у уређењу јавног тужилаштва. Уставом СРЈ⁵³ начело јединства и недељивости јавнотужилачке организације сведено је у републичке границе. Најпре су установљена два паралелна система јавног тужилаштва – први на савезном а други на републичким нивоима. И јавна тужилаштва република била су самостална и међусобно независна – јавно тужилаштво републике остварује своје надлежности само у републици за коју је основано. Тиме су уједно постављене границе за важење начела централизма и хијерархије, тако да важе само у републици.

У СРЈ постојао је на савезном нивоу Савезни државни тужилац, а на нивоу федералних јединица Републичко јавно тужилаштво, окружна и општинска јавна тужилаштва у Србији, те Републички државни тужилац РЦГ, и виши и основни тужиоци, у дугој федералној јединици. Када је реч о јавном тужилаштву Србије, оно је задржало дотадашње основне функције и уређено је на истим принципима који су до тада важили, те ћемо се задржати само на најзначајнијим промена:

⁵¹ Горан Илић и др., Положај јавног тужилаштва у Републици Србији и упоредно правна анализа, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2007, стр.51.

⁵² *Ibidem*, стр. 52.

⁵³ Устав Савезне Републике Југославије, „Службени лист СРЈ“, бр. 1/1992, од 27. априла 1992. године.

- Извршена је централизација јавног тужилаштва. Законом о јавном тужилаштву РС из 1991. године⁵⁴ укинута су дотадашња покрајинска јавна тужилаштва, тако да је јавно тужилаштво устројено за целу територију републике. Тиме је омогућено да се начело хијерархије у потпуности примењује тако да су сви јавни тужиоци и њихови заменици потчињени републичком јавном тужиоцу, а општински јавни тужиоци потчињени окружним тужиоцима.

- У погледу именовања јавних тужилаца најзначајнија је промена што се укида принцип именовања јавног тужиоца за одређени мандат, тј. на одређено време и уводи принцип сталности у вршењу јавнотужилачке функције. Све јавне тужиоце и њихове заменике именује републичка скупштина, с тим што републичког јавног тужиоца именује на предлог одговарајућег скупштинског одбора, а све остале јавне тужиоце и њихове заменике на предлог републичког јавног тужиоца. Функција јавног тужиоца и земеника јавног тужиоца постала је стална.⁵⁵ Уместо са истеком мандата, сада функција јавног тужиоца престаје са одласком у пензију или на лични захтев.

- Настављен је процес деполитизације јавног тужилаштва, овога пута у домену законитости поступања јавних тужилаца. Укинута је обавеза јавног тужиоца да поступа у складу са политиком утврђеном у општим актима републичке скупштине, у којима су раније била испољена политичка опредељења. Сада јавни тужиоци имају обавезу да поступају искључиво у складу са уставом и законом.

ж) 2001. године друштвене и политичке промене у СРЈ рефлектовале су се и на законодавном плану доношењем кривичнопроцесног законика, који је још у надлежности савезне државе, и новог закона о јавном тужилаштву, који је и даље у ингеренцији република. Мада је 2001. године донет интегрално нов Законик о кривичном поступку, он у суштини представља осавремењени ЗКП СФРЈ из 1976. године, у чијим темељима су установе, основни принципи и структура поступка постављени Закоником о кривичном поступку из давне 1953. године. Пошто је дограђен и осавремењен сагласно добу у коме се доноси, за ЗКП из 2001. године може се рећи да је то био један модеран кодекс који је „задржао све што је било здраво у југословенском кривичном процесном законодавству, судској пракси и правној традицији“.⁵⁶

⁵⁴ "Службени гласник РС", бр. 43/91.

⁵⁵ Види чл. 6. Закона о јавном тужилаштву Србије из 1991. године.

⁵⁶ М. Грубач, *Кривично процесно право, Увод и Општи део* (Београд: Научна књига, 2004), стр.

Са становишта положаја јавног тужиоца, значајно је истаћи да је фаза истраге и даље судска и спроводи је истражни судија, и да су по први пут уведене диверзионе форме решавања кривичних ствари, неке упрошћене кривичнопроцесне форме, као и неки посебни кривични поступци. Као диверзионе форме уведена су два облика опортунитета: условно одлагање кривичног гоњења, које се у теорији још означава као условни опортунитет,⁵⁷ и други, безусловни опортунитет,⁵⁸ односно одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности.⁵⁹ Две су новоустановљене упрошћене процесне форме којима се избегава одржавање главног претреса: поступак за кажњавање пре главног претреса и поступак та кажњавање и изрицање судске опомене од стране истражног судије, које се спроводе искључиво на предлог јавног тужиоца. Као посебан поступак који захтева изесну специјализацију јавних тужилаца, установљен је поступак за кривична дела организованг криминала, корупције и друга тешка дела, а посебним законом, две године касније, уводи се и поступак за ратне злочине.⁶⁰

У погледу организације, природе и принципа уређења јавног тужилаштва, Закон о јавном тужилаштву из 2001. године,⁶¹ задржао је у основи решења свог претходника из 1991. године. Као најзначајније промене од значаја за положај јавног тужиоца издвојили бисмо новине везане за именовање јавних тужилаца и њихових заменика: Прво, у поступак именовања уведен је Високи савет правосуђа,⁶² који предлаже републичкој скупштини кандидате за избор јавних тужилаца и њихових заменика, с тим што је за предлагање заменика потребна сагласност јавног тужиоца оног тужилаштва за које се заменик именује. Циљ је био да се увођењем овог органа онемогући или бар умањи утицај извршне власти и тако појача функционална самосталност јавног тужилаштва. Друго, у знатној мери је ослабљено начело сталности у вршењу јавнотиужилачке функције. Наиме, овим законом је задржан принцип сталности у погледу именовања јавних тужилаца (функција јавног тужиоца траје до навршетка

⁵⁷ Саша Кнежевић, „Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената“, у: *Приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије* (Ниш: Правни факултет, 2008), Књ. 4, стр. 376 и 379.

⁵⁸ М. Шкулић, *Кривично процено право*, Седмо измењено и дупуњено издање (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 304.

⁵⁹ Чедомир Стевановић – Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – Посебни део* (Ниш: Правни факултет, 2006), стр. 73-74.

⁶⁰ Овај поступак установљен је Законом о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине („Сл. гласник РС, бр. 67/2003). Закон упућује на примену одредаба о поступку за организовани криминал, с тим што има и неколико самосталних процесних одредаба.

⁶¹ „Сл. гласник РС“ бр. 63/2001.

⁶² Закон о високом савету правосуђа Републике Србије „Сл. гласник РС“ бр. 63/2001.

радног века), али је укинута у односу на заменике јавних тужилаца увођењем принципа изборности (заменици јавних тужилаца именовани су на период од осам година, с тим што могу поново бити бирани).

У периоду о коме говоримо, за јавно тужилаштво је карактеристично увођење извесне специјализације јавних тужилаштава у вршењу кривичног гоњења, с обзиром на одлике појединих облика криминалитета. Већ 2002. године установљено је посебно Тужилаштво за организовани криминал,⁶³ у чију надлежност је стављено гоњење кривичних дела организованог криминала, корупције и других посебно тешких облика кривичних дела. Наредне 2003. године оснива се Тужилаштво за ратне злочине,⁶⁴ а 2005. године основано је посебно одељење јавног тужилаштва за борбу против високотехнолошког криминала.⁶⁵ Извесна специјализација јавног тужиоца предвиђена је и у поступку према малолетницима, који се за сва прописана кривична може покренути само на захтев јавног тужиоца за малолетнике који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих.⁶⁶

Преуређење СРЈ у државну заједницу Србија и Црна Гора извршено је доношењем Уставне повеље,⁶⁷ па како је било засновано на конфедералним принципима, имало је за последицу успостављање законодавне надлежности држава чланица у свим сегментима правног система. У кривичнопроцесном законодавству промена је утолико што је републичким законом до тада важећи савезни кривичнопроцесни законик проглашен за републички законик и извршено је усклађивање са Уставном повељом.⁶⁸ Пошто је Повељом вршење правосуђа у целини пренето у надлежност република, укинута је установа Савезног државног тужиоца, а кривично гоњење за сва официјелна дела јавна тужилаштва врше само на територији републике која их је основала. У том смислу, ради усаглашавања са Уставном повељом извршене су измене до тада важећег Закона о јавном тужилаштву.⁶⁹

⁶³ Види чл. 4. Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела ("Службени гласник РС", бр. 42/2002.)

⁶⁴ Види чл. 4. Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине ("Службени гласник РС", бр. 67/2003).

⁶⁵ Види чл. 4. ст. 2. Закона о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала ("Службени гласник РС", бр. 61/2005).

⁶⁶ Види чл. 57. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица ("Службени гласник РС", бр. 85/2005).

⁶⁷ Уставна повеља Србије и Црне Горе, „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003.

⁶⁸ Види Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку "Сл. гласник РС", бр. 58/2004 од 28. маја 2004. године.

⁶⁹ Види Закон о изменама и допуна Закона о јавном тужилаштву Републике Србије бр. 39/2003, од 11. 04. 2003.

3. УСТАВНИ ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА

Устав јавно тужилаштво одређује, као самосталан орган Народне скупштине који је функционално повезан са извршном влашћу посредством Владе, као носиоца ове гране власти. Закључак да је тужилаштво орган Народне скупштине проистиче из члана 160. Устава, који каже да Републички јавни тужилац, као највиши тужилац у хијерархији за свој рад одговара Народној скупштини, док сви остали јавни тужиоци одговарају и Народној скупштини и вишем јавном тужиоцу.⁷⁰

4. УРЕЂЕЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА: НАЧЕЛО ЈЕДИНСТВА И НЕДЕЉИВОСТИ; НАЧЕЛО ХИЈЕРАРХИЈЕ (НАЧЕЛО ДЕВОЛУЦИЈЕ И СУПСТИТУЦИЈЕ); МОНОКРАТСКО НАЧЕЛО

Уређење јавног тужилаштва почива на неколико начела типичних за овај државни орган, установљен да предузима кривично гоњење. У кривичнопроцесној теорији се као начела уређења јавног тужилаштва убичејено наводе: а) начело јединства и нељивости, б) начело хијерархије, из кога се изводе начело деволуције и начело супституције, и на крају в) начело монакратског уређења.⁷¹ Поред ових, као начело уређења јавног тужилаштва поједини аутори с правом још наводе и начело самосталности.⁷² Мислимо да у начела уређења јавног тужилаштва треба уврстити и начело самосталности јер је оно кључно за разликовање правне природе јавног тужилаштва од других државних и правосудних органа. Као аргумент у прилог овог става може се навести чињеница да и аутори које ово начело не наводе код уређења јавног тужилаштва, узимају начело непосредности и самосталности као начело на коме почива уређење судова.

4.1. НАЧЕЛО ЈЕДИНСТВА И НЕДЕЉИВОСТИ

Јавно тужилаштво је јединствена организациона целина кад се тужилачка организација посматра у целини и кад се посматра свако јавно тужилаштво засебно.

⁷⁰ Г. Илић, „Јавно тужилаштво у одбрани јавног интереса“, у: *Јавно тужилаштво и јавни интерес* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2018), стр. 6.

⁷¹ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ* (Београд: Завод за издавање уџбеника, 1971), стр. 136-140; С. Кнежевић, *Кривично процесно право* (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015), стр. 142-145; М. Шкулић – Т. Бугарски, *Кривично процесно право* (Нови Сад: Правни факултет, 2015), стр. 167; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део* (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 158-162; D. Radulović, *Krivično procesno pravo - (Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, 2015), 117-118;*

⁷² М. Грубач, *Кривично процесно право, Увод и Општи део* (Београд: Научна књига, 2004), стр. 164- 167; С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 168-170.

Зато се и говори о спољашњем и унутрашњем јединству и недељивости јавног тужилаштва.

Спољашње јединство значи да сва јавна тужилаштва заједно чине једну јединствену организацију вертикално повезану у пирамидалну целину, од најнижег до највишег јавног тужилаштва, на чијем се врху налази Републичко јавно тужилаштво. Чврста повезаност између тужилаштава нижег и вишег ранга путем строге хијерархије у њиховим односима дају обележје јединства и недељивости. У тужилачкој пирамиди најнижи ранг имају основна јавна тужилаштва која су нижа од виших јавних тужилаштава, а она од апелационих јавних тужилаштава. Апелациона пак јавна тужилаштва и јавна тужилаштва посебне надлежности нижа су од Републичкој јавног тужилаштва. Сва јавна тужилаштва подређена су Републичком јавном тужилаштву, а сви јавни тужиоци републичком јавном тужиоцу. Као јединствена и недељива организација, јавно тужилаштво врши функцију кривичног гоњења на читавој територији државе, у складу са законским критеријумима за одређивање стварне и месне надлежности.

Јединство и недељивост једнако доминирају и сваким јавним тужилашством понаособ. Свако јавно тужилаштво, без обзира на ранг, има више заменика јавног тужиоца и једног јавног тужиоца на челу јавног тужилаштва. Сви они заједно такође чине једну пирамидалну целину, чврсто повезану хијерархијским односом, тако да свако јавно тужилаштво представља јединствену и недељиву целину, али не органа већ појединаца овлашћених да врше јавнотужилачку функцију. Сви заменици у једном јавном тужилаштву подређени су јавном тужиоцу који се налази на челу тог тужилаштва.

У историјском развоју јавног тужилаштва, начело јединства и недељивости имало је посебан значај у оним периодима док је Србија била у саставу неке сложене државе, па је било важно да ли јавно тужилаштво врши своју функцију на нивоу целе сложене државе или само на нивоу држава чланица. Тако је, на пример, шестдесетих година прошлога века организација и уређење јавног тужилаштва било у надлежности савезне државе СФРЈ, у којој је постојао савезни јавни тужилац, који је био на врху пирамидалне лествице, и коме су били подређени сви нижи јавни тужиоци. Насупрот томе, на почетку двадесет првог века, државна заједница Србија и Црна Гора није имала никакве надлежности у области јавног тужилаштва, па зато није постојала никаква организациона повезаност између републичких јавних тужилаштава. Са тог

становишта, у унитарној држави каква је сада и наша, питање јединствене организације и вршења функције на територији читаве државе уопште се и не поставља. Отуда поједини аутори суштину начела јадединства и недељивости виде управо у томе што је јавно тужилаштво „организовано као јединствен државни орган који своју функцију остварује на читавој територији државе“.⁷³ Из истих тих разлога, пошто је неспорна јединствена организација и вршење функције гоњења на читавој територији просте државе, неки аутори уопште не увршћују начело јединства у начела уређења јавног тужилаштва.⁷⁴

4.2. НАЧЕЛО ХИЈЕРАРХИЈЕ

На начелу хијерархијског уређења, као што смо већ напоменули, заснива се јединствена организација јавног тужилаштва.⁷⁵ И начело хијерархије може бити везано за спољашње и унутрашње уређење јавног тужилаштва. Спољашња хијерархија манифестује се у надређености виших јавних тужилаца над нижим тужиоцима, а унутрашња хијерархија се огледа у подређености свих заменика и помоћника једног јавног тужилаштва свом јавном тужиоцу.⁷⁶

4.2.1. Спољашња хијерархија

Суштина спољашње хијерархије је у специфичним овлашћењима која сваки виши јавни тужилац има у односу на ниже, њему потчињене јавне тужиоце: а) да даје обавезна упутства нижем јавном тужиоцу, б) да одлучује о деволуцији и супституцији, и в) да врши дисциплинску власт над нижим тужиоцима и да надзире рад нижих јавних тужилаштава.⁷⁷

а) Обавезна упутства. Постоје две врсте упутстава вишег јавног тужиоца, опште упутство и упутство за појединачни случај.

⁷³ С. Кнежевић, *Кривично процесно право* (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015), стр. 142.

⁷⁴ Види: М. Шкулић – Т. Бугарски, *Кривично процесно право* (Нови Сад: Правни факултет, 2015), стр. 167.

⁷⁵ Потпуно супротно нашем правном систему, у коме су јавна тужилаштва организована по хијерархијском моделу, због чега сваки јавни тужилац подлеже контроли вишег јавног тужиоца и мора да поступа по његовим упутствима, америчка тужилаштва су строго децентрализована и организована по вертикалном моделу. „Свако тужилаштво надлежно је за политику кривичног гоњења на свом подручју што је последица тежње да се проблем криминалитета решава у складу са локалним потребама.“ (Вања Бајовић, „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, у: *Реформа кривичног права*, Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2014, стр. 157).

⁷⁶ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 171.

⁷⁷ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део* (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 160.

Овлашћење да изда *опште упутство* има само Републички јавни тужилац и по њему су дужни да поступају сви јавни тужиоци. Сврха општих упутстава је постизање законитости, делотворности и једнообразности у поступању свих јавних тужилаца и њихових заменика (чл. 25 ст. 1 ЗЈТ).

За разлику од општег упутства, обавезно упутство за поступање у поједином, одређеном предмету може издати сваки непосредно виши јавни тужилац нижем јавном тужиоцу, а Републички јавни тужилац сваком јавном тужиоцу, без обзира у којој фази се налази кривични поступак. *Обавезно упутство за поступање у појединим предметима* непосредно виши јавни тужилац може издати кад постоји *сумња у ефикасност и законитост* поступања нижег јавног тужиоца. Обавезно упутство се издаје у писменој форми и мора садржати образложење, а само изузетно може бити и усмено ако треба предузети радњу која не трпи одлагање.

Обавезност извршавања упутстава непосредно вишег јавног тужиоца, коју претпоставља строга хијерархијска потчињеност нижег јавног тужиоца, унеколико је релативизиована увођењем *приговора Републичком јавном тужиоцу* (чл. 18 ЗЈТ).⁷⁸ Наиме, уколико нижи јавни тужилац сматра да је противзаконито или неосновано обавезно упутство које му је издао виши јавни тужилац, он може да изјави приговор Републичком јавном тужиоцу, у року од осам дана од дана пријема упутства. Само против обавезног упутства Републичког јавног тужиоца приговор није дозвољен. Приговор се подноси преко вишег јавног тужиоца који је то упутство издао, и то са образложењем. До одлуке по приговору, нижи јавни тужилац је дужан да поступа по издатом приговору. Виши јавни тужилац има обавезу да по поднетом приговору преиспита обавезно упутство које је издао. Поводом преиспитивања, он може да донесе одлуку којом ставља ван снаге своје обавезно упутство, и у том случају приговор не доставља Републичком јавном тужиоцу. Републички јавни тужилац је дужан да о законитости приговора одлучи у року од 15 дана. Има мишљења да би било исправније и доследније да одлуку по приговору на упутство издато од вишег јавног тужиоца доноси апелациони јавни тужилац као непосредно надређени издаваоцу обавезног упутства.⁷⁹ Критика има смисла јер се прескакањем једне пирамидалне лествице у хијерархијској организацији јавног тужилаштва, искључују апелациони тужиоци иако

⁷⁸ Новина је установљена чл. 1 Законом о изменама и допунама Закона о јавном тужилаштву из 2013. године ("Службени гласник РС", бр. 101/2013).

⁷⁹ Горан Илић, Марина Матић и Радован Лазић, *Јачање положаја, надлежности и интегритета Државног већа тужилаца* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2015). стр. 21 и 22.

су непосредно надређени вишим јавним тужиоцима и по начелу хијерархије имају право надзора над њиховим радом. Принципијелно исправно решење би било да о приговору одлучује непосредно виши јавни тужилац у односу на издаваоца обавезног упутства. По овом принципу, о приговору против обавезног упутства вишег јавног тужиоца одлучивао би апелациони тужилац, а о приговору против обавезног упутства апелационог тужиоца одлучивао би Републички јавни тужилац.

У литератури се увођење приговора на обавезно упутство повезује са осигурањем самосталности јавних тужилаца, тако што се тумачи да су јавни тужилац и заменици јавног тужиоца обавезани да одбију сваку радњу која "представља утицај на самосталност у раду јавног тужиоца". Сврха је да се на тај начин успостави допунска гаранција самосталности јавног тужилаштва кроз наметање дужности сваком јавном тужиоцу и заменику јавног тужиоца да активно и лично бране самосталност јавног тужилаштва и онемогућавају било коју врсту утицаја на овај државни орган.⁸⁰

Кад је реч о приговору на обавезно упутство, има присталица гледишта да га треба употпунити и преуредити у „*приговор савести*“ јавног тужиоца, који представља међународни правни стандард. Његова суштина је у томе да јавни тужилац или заменик јавног тужиоца који је примио обавезно упутство може приговорити том упутству и бити ослобођен даљег поступања по њему, не само ако је упутство надређеног незаконито већ и уколико сматра да је то упутство супротно професионалном уверењу примаоца о томе како би требало поступати и решити конкретан предмет.⁸¹ Да је „*приговор савести*“ већ међународни правни стандард изјашњава се и Венецијанска комисија,⁸² позивајући се на Препоруке Комитета министара Савета Европе "О улози јавних тужилаца у кривичноправном систему" Рес (2000) 19.⁸³

б) Начело деволуције и начело супституције. Суштина начела деволуције је у овлашћењу вишег јавног тужиоца да преузме послове из надлежности нижег јавног тужиоца и да их сам непосредно врши. По начелу деволуције, виши јавни тужилац има

⁸⁰ Горан Илић, „Преглед измена и допуна Закона о јавном тужилаштву и нови ЗКП“, у: *Реформа кривичног права : зборник радова [са конференције]* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 186..

⁸¹ *Ibidem*, стр. 192 и 193.

⁸² Vid. таč. 23. Opinion on the Draft Amendments to the Law on the Public Prosecution of Serbia. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) Opinion no. 709/2012 CDL-AD(2013)006 Adopted by the Venice Commission at its 94th, Plenary Session (Venice, 8-9 March 2013) Strasbourg, 11 March 2013 on the basis of comments by Mr Nicolae ESANU (Member, Moldova) Mr James HAMILTON (Substitute member, Ireland), dostupno na internet adresi [https://www.venice-coe.int/web/forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2013\)006-e](https://www.venice-coe.int/web/forms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)006-e).

⁸³ Vid. таč. 10 Recommendation No (2000) 19 on the Role of Public Prosecutors in the Criminal Justice System.–dostupno na internet adresi <https://rm.coe.int/16804c4917>.

овлашћење да предузима све радње на које је овлашћен нижи тужилац (чл. 19 ст. 1 ЗЈТ). Сматра се да ово „начело може бити ефикасно средство унутрашње контроле рада нижих тужилаштава и служити да се отклоне њихови пропусти и грешке, алкавост и неажурност или да се предупреди недовољно искуство за поступање у појединим сложеним предметима“.⁸⁴ То би била његова позитивна страна, али начело деволуције има и негативну страну зато што није ничим ограничено и нема прописаних услова који би објективизирали потребу његове примене. Тако како је начело законски формулисано, оно омогућава слободан хијерархиски упад вишег јавног тужиоца у процесну активност нижег тужиоца, само је питање колико то овлашћење треба да буде широко постављено⁸⁵. Увиђајући да се тиме даје прекомерна моћ вишем јавном тужиоцу, законодавац је увео извесна, могло би се рећи формална ограничења: прописао је обавезу вишег јавног тужиоца да приликом примене начела деволуције донесе образложено решење и омогућио је нижем јавном тужиоцу да против тог решења има право приговора Републичком јавном тужиоцу (чл. 19 ЗЈТ). Међутим, проблем је како побити решење о деволуцији као неосновано, кад прописаних основа за његово доношење у закону нема. Пошто у закону нема ни услова ни основа за доношење решења о деволуцији, приговор против овог решења имао би изгледе на успех само ако би то решење било донето сасвим произвољно, без икаквих разумних разлога. На крају, ничим ограничено начело деволуције значајно угрожава а можда и сасвим потири самосталност у раду јавних тужилаца, кад се она посматра кроз однос вишег и нижег јавног тужиоца. Ово зато што изузев Републичког јавног тужиоца, сви други јавни тужиоци имају надређеног јавног тужиоца који им применом начела деволуције може угрозити прокламовану самосталност применом начела деволуције. Треба још приметити да у саврменим правним системима, или начела деволуције уопште нема, или га нема тако широко постављеног.⁸⁶

Начело супституције подразумева власт вишег јавног тужиоца да нижем јавном тужиоцу уступи предмет другог нижег јавног тужиоца и тако га овласти да у том предмету поступа. По начелу супституције, сваки виши јавни тужилац може овластити нижег јавног тужиоца да поступа у правној ствари из надлежности другог нижег јавног

⁸⁴ В. Ђурђић, Кривично процесно право - Општи део (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 160.

⁸⁵ Вид. М. Грубач, Кривично процесно право, Увод и Општи део (Београд: Научна књига, 2004), стр. 148.

⁸⁶ U Francuskoj subordinacija ne znači mogućnost da viši tužilac uzme u rad predmet nižeg tužioca. Nijedan predmet iznet pred sud ne može da bude oduzet postupajućem javnom tužiocu protiv njegove volje. (доступно на адреси: www.coe.int/t/e/legal/European/Public/Prosecutors).

тужиоца (чл. 20 ст. 1 ЗЈТ). Начело супституције није често у упоредном праву. У нашој процесној теорији се оправдано поставља питање да ли вишем јавном тужиоцу уопште треба дати овлашћење да одлучује о супституцији нижих јавних тужилаца пошто већ располаже неограниченим правом деволуције.⁸⁷ Изгледа да је законодавац уважио ову критику, па је новелирајући закон прописао услов за примену супституције и обавезу доношења одлуке. Прописано је да је супституција дозвољена само под условом да је надлежни јавни тужилац *због правних или стварних разлога спречен да поступа у поједином предмету*. О супституцији виши јавни тужилац одлучује решењем.

Републички јавни тужилац може вршити супституцију јавних тужилаца још у једном случају. Он може, кад оцени да је то потребно *ради ефикаснијег вођења поступка или из других важних разлога*, овластити Тужиоца за организовани криминал да поступа у поједином предмету из надлежности другог јавног тужиоца (чл. 20. ст. 2. ЗЈТ).

Начело супституције у извесном смислу је у колизији са преношењем надлежности, онако како је сада регулисана. Према одредби чл. 32. ст. 1., у случају да „јавно тужилаштво не може да врши надлежност, Републички јавни тужилац може пренети његову надлежност на друго јавно тужилаштво истог или вишег степена“ и тако заснована надлежност траје док се не створе услови за рад надлежног јавног тужилаштва. Због непрецизно формулисаног услова за преношење надлежности није јасно у којим случајевима се може применити. Ако су у питању стварни разлози, као што су природне непогоде (земљотрес, поплава и сл.), или правни разлози, на пример изузеће јавног тужиоца и свих његових заменика, због којих јавно тужилаштво „не може врши надлежност“, то су по самом закону разлози за супституцију јавних тужилаца. Остаје да разлози за преношење надлежности могу бити само неке изузетне околности, као што су ванредно стање, ратно стање и слично, па је у том смислу законску норму требало и прецизирати.⁸⁸

Ову колизију могуће је отклонити на два начина: или прецизирати да разлози за преношење надлежности могу бити само неке ванредне околности које се не подводе под „стварне и правне разлоге“, или укинути супституцију јавних тужилаца, у ком

⁸⁷ Вид. М. Грубач, Кривично процесно право, Увод и Општи део (Београд: Научна књига, 2004), стр. 168; В. Ђурђић, Кривично процесно право - Општи део (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 161.

⁸⁸ Г. Илић, М. Матић и Р. Лазић, Јачање положаја, надлежности и интегритета Државног већа тужилаца (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2015), стр. 24.

случају „стварне и правне разлоге“ предвидети као основ за преношење надлежности, аналогно преношењу месне надлежности кривичног суда.

Из анализе начела супституције и на бази његовог поређења са начелом деволуције и установом преношења надлежности, може се с разлогом поставити питање да ли начело супституције тужилаца треба уопште да постоји у моделу уређења јавног тужилаштва у коме виши јавни тужилац има широко, ничим ограничено овлашћење да преузме предмет од нижег јавног тужиоца, и у коме постоји установа преношења надлежности, којом могу бити обухваћени стварни и правни разлози због којих јавно тужилаштво не може да врши своју функцију, сада прописани као основи за супституцију.

4.2.2. Унутрашња хијерархија

Унутрашња хијерархија се темељи на посебним овлашћењима која јавном тужиоцу обезбеђују надређен положај у јавном тужилаштву којим руководи.⁸⁹ Законском нормом је експлицитно одређено да су сви у јавном тужилаштву *подређени* јавном тужиоцу (чл. 12 ст. 3 ЗЈТ). С циљем да се успостави хијерархијски однос унутар јавног тужилаштва, јавни тужилац *има дисциплинску власт* над својим заменицима и помоћницима, *врши надзор* над њиховим радом и заменицима и *издаје им обавезна упутства* за поступање. Против обавезног упутства јавног тужиоца, заменик јавног тужиоца има право да изјави приговор вишем јавном тужиоцу (о чему је напред било речи).

4.3. НАЧЕЛО МОНОКРАТСКОГ УРЕЂЕЊА

Супротно уређењу судова, јавно тужилаштво поступа у инокосном а не у зборном саставу, јер је вршење јавнотужилачке функције постављено на начелу монократског уређења, односно начелу једновласти. Начело монократског уређења извире из унутрашње хијерархије јавног тужилаштва.⁹⁰ Његова суштина је у правилу да јавно тужилаштво представља једно лице – јавни тужилац, који одговара за рад јавног тужилаштва.⁹¹ О било ком питању из надлежности јавног тужилаштва одлучује једно лице, пред судом се увек појављује једно лице које репрезентује надлежно јавно

⁸⁹ В. Ђурђић, Кривично процесно право - Општи део (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 162; С. Кнежевић, Кривично процесно право (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015), стр. 144.

⁹⁰ С. Бркић, Кривично процесно право - II (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 174.

⁹¹ М. Шкулић – Т. Бугарски, Кривично процесно право (Нови Сад: Правни факултет, 2015), стр. 167.

тужилаштво, оптужне акте и све одлуке јавног тужилаштва потписује једно лице – јавни тужилац или његов земник.⁹² У сваком јавном тужилаштву, дакле, *сва власт припада једном лицу* – јавном тужиоцу,⁹³ који је старешина органа, лично је одговоран за рад јавног тужилаштва, представља га и одлучује у име тужилаштва којим руководи, а у односу на њему потчињене чланове врши дисциплинску власт и надзор над њиховим радом.

Упркос радикалном преображају надлежности јавног тужилаштва, монократски принцип је задржан, садржински и у облику какав је првобитно устројен још давне 1946. године, када је јавни тужилац био свеопшти чувар законитости и имао надлежности осим у кривичном и у дугим правним поступцима.⁹⁴ Овакав, давно постављен а неизмењен, данас монократски принцип има неке негативне практичне последице. Зато што је прешироко постављен, монократски принцип преваљује одговорност за рад тужилаштва искључиво на јавног тужиоца, што са друге стране, истовремено има за последицу „слабљење” одговорности заменика јавног тужиоца. Те негативне стране овог принципа нарочито су изражене у јавним тужилаштвима са великим бројем заменика,⁹⁵ у којима је јавни тужилац одговоран за поступање заменика над чијим одлукама нема стварни увид и контролу.⁹⁶ Осим тога, овако како је законом постављен, принцип монократског уређења је у колизији са прокламованом самосталношћу рада заменика јавних тужилаца. Наиме, иако је одредбом чл. 5. ст. 1. Закона о јавном тужилаштву, предвиђено да заменик јавног тужиоца самостално поступа у раду, односно да је „самосталан у вршењу својих овлашћења“, намеће се питање како заменик може имати самосталност кад нема изворна овлашћења него само врши послове које му јавни тужилац повери, а уз то јавни тужилац му може одузети и те поверене послове применом начела деволуције.

Наведене негативне последице представљају разлог да се преиспита начело монократског уређења, у чијим темељима је крута хијерархија. У некој од будућих реформи јавног тужилаштва потребно је ускладити начело хијерархије, као основ монократског уређења, са независношћу свих вршилаца функције кривичног гоњења. У

⁹² С. Кнежевић, Кривично процесно право (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015), стр. 145.

⁹³ М. Грубач, Кривично процесно право, Увод и Општи део (Београд: Научна књига, 2004), стр. 169; В. Ђурђић, Кривично процесно право - Општи део (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 162; С. Бркић, Кривично процесно право - II (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 174;

⁹⁴ Г. Илић, „Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у“ (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 156.

⁹⁵ Примера ради, Прво основно јавно тужилаштво у Београду има преко 50 заменика јавних тужилаца.

⁹⁶ Г. Илић, М. Матић и Р. Лазић, Јачање положаја, надлежности и интегритета Државног већа тужилаца (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2015), стр. 20.

том односу, треба повећати одговорност заменика јавних тужилаца на уштрб строге хијерархије, у правцу њихове веће самосталности и функционалне независности. То не значи да треба укинути досадашње полуге надређености јавног тужиоца, већ им треба поставити законске границе, на пример, тако што би се задржала обавезна упутства, деволуција свела на случајеве нестручног, незаконитог или несавесног рада, а супституција заменика могла би се укинути.

5. ИМЕНОВАЊЕ ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА: УСЛОВИ; ОРГАН КОЈИ ИМЕНУЈЕ ЈАВНЕ ТУЖИОЦЕ, ПОСТУПАК ИМЕНОВАЊА

5.1. УСЛОВИ ЗА СТИЦАЊЕ СВОЈСТВА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

Законом о јавном тужилаштву прописани су општи и посебни услови за стицање својства јавног тужиоца, односно заменика јавног тужиоца. Одредбама чл. 76. ЗЈТ прописани као општи услови прописани су: држављанство Републике Србије, испуњеност услова за рад у државним органима, завршен правни факултет, положен правосудни испит и достојност за вршење јавнотужилачке функције.

Може се приметити да су општи услови постављени као и према ранијим прописима. То важи и за услов који се тиче моралне подобности, а разлика је утолико што је услов преформулисан и детаљније регулисан. Уместо ранијих формулација „ужива углед за вршење јавнотужилачке функције“⁹⁷, односно „достојан је дужности јавног тужиоца“⁹⁸, у важећем закону употребљена је синтагма „достојан је функције јавног тужиоца“, који тачније одражава на шта се услов односи. Осим тога, по први пут је законодавац приступио ближем одређивању овог услова, разрађујући у даљим одредбама употребљени „каучук појам“ достојност. У одредбама о условима које Државно веће треба да поштује приликом предлагања кандидата за избор на функцију јавног тужиоца, односно заменика јавног тужиоца, поред других, одређен је и критеријум „достојности“. „Достојност подразумева моралне особине које јавни тужилац, односно заменик јавног тужиоца треба да поседује и понашање у складу са тим особинама. Моралне особине су: поштење, савесност, правичност, достојанственост, истрајност и узорност, а понашање у складу са тим особинама подразумева чување угледа јавног тужилаштва у служби и изван ње, свест о

⁹⁷ Види чл. 30. ст. 1. Закона о јавном тужилаштву из 1991. године ("Службени гласник РС", бр. 43/91).

⁹⁸ Види чл. 57. ст. 1. Закона о јавном тужилаштву из 2001. године ("Службени гласник РС", бр. 63/2001).

друштвеној одговорности, одржавање самосталности и непристрасности, поузданости и достојанства у служби и изван ње и преузимање одговорности за унутрашњу организацију и позитивну слику о јавном тужилаштву у јавности“ (чл. 82. ст. 4. ЗЈТ).

Као посебан услов за стицање својства јавног тужиоца, односно заменика јавног тужиоца прописано је *радно искуство у правној струци после положеног правосудног испита*. Потребно радно искуство зависи од ранга тужиоца: за основног јавног тужиоца потребно је четири године а за заменика основног јавног тужиоца три године; за вишег јавног тужиоца седам година а за његовог заменика шест година; за апелационог јавног тужиоца и јавног тужиоца посебне надлежности десет година а за заменике ових јавних тужилаца осам година, за Републичког јавног тужиоца дванаест година а за његовог заменика једанаест година (чл.77. ЗЈТ).

Прописани услови треба да обезбеде компетентност сваког лица које се именује за вршење јавнотужилачке функције.

5.2. ОРГАНИ И ПОСТУПАК ИЗБОРА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА

Поступак избора јавних тужилаца и поступак избора заменика јавних тужилаца нису уређени на истоветан начин.

Јавни тужиоци се именују за одређени мандат, на период од шест година, с тим што могу бити поново именовани. По завршеном конкурс, Државно веће сачињава листу од једног или више кандидата, коју предлаже Влади републике Србије за избор на функцију јавног тужиоца. У случају да Државно веће тужилаца предложи Влади само једног кандидата, Влада може вратити предлог Државном већу тужилаца. Са достављене листе Државног већа, Влада предлаже Народној скупштини једног или више кандидата за избор на функцију јавног тужиоца. Кад се ради о избору Републичког јавног тужиоца, о предложеним кандидатима прибавља се мишљење надлежног одбора Народне скупштине. Коначно, јавне тужиоце бира⁹⁹ Народна скупштина на предлог Владе (чл. 74. ЗЈТ).

За заменике јавних тужилаца предвиђен је један начин избора када се заменик први пут бира да врши јавнотужилачку функцију, а други начин кад се заменик јавног тужиоца бира за стално. Лице које се први пут бира на функцију заменика јавног тужиоца, бира се на период од три године. Од пријављених кандидата, Државно веће тужилаца предлаже Народној скупштини једног кандидата за избор на једно место заменика јавног тужиоца.

⁹⁹ У упоредном праву, поред посредних избора у парламенту постоје и непосредни избори јавних тужилаца. Тако, на пример, у већини држава САД-а окружне тужиоце (*District attorneys*), бирају грађани, на општим и непосредним изборима (види: Вања Бајовић, „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, у: *Реформа кривичног права*, Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2014, стр. 157).

Кад су у питању заменици, Влада нема могућност да врати предлог Државном већу кад је поредложен један кандидат за избор. Одлуку о избору заменика јавних тужилаца доноси Народна скупштина, која може изабрати само кандидата кога је предложило Државно веће или донети одлуку да га не изабере. По протеклу периода од три године, само Државно веће тужилаца бира заменике јавних тужилаца за трајно обављање функције, у истом или другом јавном тужилаштву (чл. 75. ЗЈТ).

Из напред изнетог приказа законске регулативе, може се уочити да је се Законом о јавном тужилаштву само разрађују уставне поставке о начину предлагања и избора јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, који је прилично детаљно уређен Уставом. Стога, критике које се могу упутити законској регулативи, представљају критику уставне концепције именовања јавних тужилаца.

Основни недостатак уставне и законске регулативе је у томе што и извршна и законодавна власт директно учествује и има одлучујућу улогу у предлагању и избору јавних тужилаца. Наиме, извршна власт (Влада РС) предлаже а законодавна власт (Народна скупштина) одлучује о избору јавних тужилаца. Кад се томе дода да именовање јавних тужилаца није за стално већ за одређени мандат, основан је закључак „да су утицаји на рад јавног тужилаштва и те како могући“.¹⁰⁰ Упркос Уставом прокламоване "самосталности" јавног тужилаштва, која претпоставља самосталност тужилаца од извршне и законодавне власти, тешко је да орган кога предлаже извршна власт буде у потпуности самосталан од те исте власти. Зато се овакав начин предлагања и избора јавних тужилаца основано критикује као "политизован".¹⁰¹ Политички утицај на избор Републичког јавног тужиоца још је очигледнији јер се уз предлог за избор јавног тужиоца тражи и мишљење надлежног одбора парламента.

Ни увођење Државног већа тужилаца у процедуру предлагања кандидата није отклонило политички утицај на избор јавних тужилаца. Да је политичка власт која има већину у парламенту одлучујућа, потврђује одредба којом се Влада овлашћује да у случају да Државно веће тужилаца предложи Влади само једног кандидата, она може вратити предлог Државном већу тужилаца (чл. 74. ст. 4. ЗЈТ). Та одредба омогућава да кандидат који по оцени Државног већа најбољи по професионалним критеријумима, не буде предложен за избор ако не задовољава и политичке критеријуме. На тај начин, осигуран је политички утицај на избор јавног тужиоца, јер је дата предност извршној власти у односу на Државно веће приликом предлагања кандидата, и онемогућено је да Државно веће

¹⁰⁰ Снежана Бркић, *Кривично процесно право I* (Нови сад: Правни факултет, 2014), стр. 170.

¹⁰¹ В. Бајовић, „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 158.

предлагањем једног кандидата фактички изврши избор јавног тужиоца још у фази предлагања.

Овако створени објективни услови за утицај политичке власти (извршне и законодавне), не могу се правдати легитимитетом који је на изборима добио парламент. „Легитимитет правосуђа никако се не изводи из легитимитета представничког тела народа, односно из легитимитета већине која се у представничком телу народа формира на основу резултата на изборима, то јест на основу страначке изборне победе или постизборне коалиције“.¹⁰² Чињеница да је извршна и законодавна власт легитимна, не чини избор јавних тужилаца мање политизованим, а свака политизација директно угрожава самосталност и потребну функционалну независност јавних тужилаца.

По питању политизације, ништа боља ситуација није ни у поступку предлагања и избора заменика јавних тужилаца, иако су повећане надлежности Државног већа тужилаца. Најпре, овај орган има овлашћење да приликом првог избора предложи парламенту само једног кандидата за заменика јавног тужиоца за једно радно место. Са становишта политичког утицаја још значајније је овлашћење Државног већа тужилаца да после првог избора врши избор заменика јавних тужилаца за трајно обављање функције. Међутим, ни тако проширена надлежност Државног већа не отклања политизацију поступка предлагања и избора заменика јавних тужилаца, из више разлога.

Прво, тачно је то да Народна скупштина не може бирати заменике јавних тужилаца ако их није предложило Државно веће тужилаца, али Народна скупштина не мора да изабере предложеног кандидата. Управо зато интервенција законодавца којом се настојало поправити уставна концепција, није сасвим отклонила политизацију, јер политичка већина у парламенту и даље има могућност да изабере предложеног кандидата ако јој одговара, али може и да не изабере предложеног ако јој са политичког становишта не одговара, и то без икаквог образложења и без могућности да се та одлука преиспитује у неком даљем правном поступку.

Друго, иако Државно веће тужилаца, а не парламент, бира заменике јавних тужилаца за трајно вршење функције, тиме није отклоњен политички утицај. Ово зато што за трајно вршење функције може бити изабран само онај заменик који је прошао „политички филтер“ парламентарне већине приликом првог избора на период од три године. Изван тог круга по закону није могуће изабрати неке друге кандидате за заменике јавних тужилаца (по закону није могућ непосредни избор заменика за трајно вршење

¹⁰² Јасмина Хасанбеговић, „Ка уставним амандманима о правосуђу: ка независном правосуђу у Србији или пак у супротном смеру“, Зборник правног факултета у Нишу, 78 (2018), стр. 16.

функције ако претходно тај заменик није био биран на одређени мандат, а тај избор врши парламент).

Треће, ни састав ни начин избора чланова Државног већа тужилаца нису такви да одстрањују политички утицај парламентарне већине. Пре свега, све изборне чланове државног већа из реда тужилаца бира Народна скупштина, уместо да их непосредно бирају сами јавни тужиоци и њихови заменици. Ако се томе дода да су по функцији чланови Државног већа и класичне политичке личности (мисли се на министра за правосуђе и председника надлежног одбора Народне скупштине), показује се да нема основних претпоставки за самосталност Државног већа тужилаца. Ни Уставом одређена надлежност Државног већа тужилаца објективно не омогућава да овај орган предупреди и отклони могући политички утицај, и тако осигура самосталност носилаца јавнотужилачке функције. О томе ће, због значаја које може да има за самосталност јавних тужилаца у односу на извршну и законодавну власт, бити детаљније излагано у наставку.

5.3. ДА ЛИ ДРЖАВНО ВЕЋЕ ТУЖИЛАЦА МОЖЕ ДА ОСИГУРА САМОСТАЛНОСТ ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА И ЊИХОВИХ ЗАМЕНИКА ?

Према уставној прокламацији, Државно веће тужилаца је „самостални орган“ установљен с циљем да " обезбеђује и гарантује самосталност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца“ (чл. 164. ст. 1. Устава и чл. 2. ст. 1. ЗЈТ). Међутим, питање је да ли у целини уставна концепција уређења овог органа, омогућава остварење постављеног циља. Начелно, Државно веће може бити гарант самосталности носилаца јавнотужилачке функције, ако и само има потребан ниво самосталности и ако су одлучикућа његова овлашћења у поступку предлагања и избора јавних тужилаца и њихових заменика. Зато треба анализирати његов састав, органе и начин избора његових чланова, као и надлежност Државног већа.

Државно веће има једанаест чланова, а чине га чланови по функцији и изборни чланови.. Три су члана по функцији, тј. по положају: Републички јавни тужилац, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине. Изборних чланова има осам, из следећих структура: из структуре носилаца јавнотужилачке функције има шест јавних тужилаца или заменика јавних тужилаца са сталном функцијом; из структуре „угледних и истакнутих“ два члана, од којих је један адвокат, а други професор правног факултета.¹⁰³

У структури Државног већа тужилаца позитивно је то што већину чине носиоци јавнотужилачке функције, али због осталих чинилаца такав састав већа не може бити

¹⁰³ Види чл. 164. ст. 2-4. Устава.

гарант самосталности самог Државног већа. Пре свега, не треба испуштати из вида да све изборне чланове Државног веће бира политичка већина у парламенту. Осим тога, чланови по положају су и политички функционери или их је на функцију такође именовала парламентарна већина. Још важније је да је њихов утицај на изборне чланове реално велики, због значаја положаја који они заузимају.

Све изборне чланове Државног већа бира Народна скупштина (чл. 164. ст. 3. Устава). То је чињеница која сама по себи доводи у питање самосталност овог органа, без обзира на уставну прокламацију. И приликом одлучивању о избору носилаца јавнотужилачких функција, у парламенту превладавају политички разлози над стручним и професионалним аргументима. Ту не значе много ни законске одредбе о утврђивању предлога за избор носилаца јавнотужилачке функције,¹⁰⁴ којима се настојала доградити и коцепцијски поправити уставна регулатива. Ово зато што у крајњем, парламент нема обавезу да изабере предложеног кандидата.

Надлежност Државног већа такође је значајна за гарантовање самосталности носилаца јавнотужилачке функције. Тим поводом треба рећи да Устав прокламује да је Државно веће гарант јавнотужилачке самосталности, али не предвиђа његову улогу у поступку избора јавних тужилаца. Поступак предлагања и избора јавних тужилаца требало би да буде у функцији „обезбеђења и гарантовања“ самосталности. Међутим, тај поступак је поверен Влади и Народној скупштини, уместо Државном већу тужилаца, које треба да гарантује јавнотужилачку независност. Таква регулатива сасвим је нелогична и зато је поједини аутори сматрају бесмисленом.¹⁰⁵

Из анализе уставних и законских одредби произилази, да састав, начин избора његових чланова и надлежност Државног већа тужилаца не пружа реалне претпоставке да овај орган буде самосталан, без икаквог утицаја других органа власти. Закључак би био да Државно веће које нема сопствену самосталност од политичког утицаја извршне и законодавне власти, не може бити гарант ни самосталности јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца.

¹⁰⁴ Види чл. 35-37. Закпона о јавном тужилаштву.

¹⁰⁵ Горан Илић, „Државно веће тужилаца и положај његових чланова из угламеђународних докумената и упоредног законодавства“, у: *Државно веће тужилаца у светлу најављених измена Устава* (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, 2016), стр. 12 и 13.

6. ОРГАНИЗАЦИОНА И ФУНКЦИОНАЛНА САМОСТАЛНОСТ ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА КАО ПРЕТПОСТАВКА ХАРМОНИЗАЦИЈЕ УСТАВНОГ И ПРОЦЕСНОПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

Напред изнета анализа уставне концепције именованја јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца показује да у том поступку извршна и законодавна власт има одлучујућу улогу. Самим тим, доводи се у питање организациона и функционална самосталност јавног тужилаштва, а у крајњем и самосталност свих носилаца јавнотужилачке функције. Због негативних последица које има по самосталност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, потребно је извршити корените промене у циљу њиховог отклањања.

Најпре треба променити темељну поставку концепције именованја јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца. Избор свих носилаца јавнотужилачке функције треба поверити неком органу који је самосталан у односу на извршну и законодавну власт. У нашем правном систему то може бити Државно веће тужилаца, али под условом да се осигура његова самосталност. Да би овај орган могао бити гарант самосталности јавних тужилаца и његових заменика, и он сам мора бити самосталан. Да би се тај циљ постигао, потребно је извршити две кључне промене, у његовом саставу и у начину избора чланова. Прво, већину у том органу треба да чине носиоци јавнотужилачке функције. Друго, сви чланови, осим чланова по положају, треба да се бирају непосредно у структурама које представљају, а не да их бира Народна скупштина. То значи да јавни тужиоци и заменици јавних тужилаца треба да бирају на непосредним изборима све своје чланове, а да истакнуте правне стручњаке бирају (а не само да предлажу) асоцијације правних факултета и Адвокатска комора Србије.

Све ове промене ишле би у правцу јачања самосталности јавног тужилаштва у целини и самосталности свих носилаца јавнотужилачке функције. Тиме би се уједно отклонила постојећа дисхармонија између уставног положаја јавног тужиоца и његовог кривичнопроцесног положаја. Сада је карактеристична подређеност јавног тужилаштва извршној власти и парламенту, а насупрот томе, у кривичнопроцесном праву изражена је тенденција увећања овлашћења јавног тужиоца у изрицању кривичне репресије учиниоцима кривичних дела, која претпоставља одређени степен не само самосталности већ и функционалне независности јавних тужилаца. Јавном тужиоцу је у новом моделу кривичног поступка поверена истрага, што захтева да он као орган

поступка буде самосталан и објективан. У првостепеном кривичном поступку, због уведеног адверзијалног главниог претреса, јавни тужилац је одговоран за утврђивање чињеничног стања. У општем кривичном поступку, а поготову у упрошћеним формама, јавни тужилац има значајну улогу у креирању казнене политике за извршена кривична дела. На крају, у диверзионим формама, које се све више шире, јавни тужилац коначно одлучује о примени парапеналних мера према учиниоцима кривичних дела, замењујући тако суд. Да би се ускладио уставни положај јавног тужилаштва и јавних тужилаца са савременим тенденцијама положаја јавног тужиоца у кривичном поступку и диверзионим поступцима решавања кривичних ствари, потребно је да јавно тужилаштво буде чист правосудни орган, а не правосудно-управни орган подређен извршној власти и парламенту. Из наведених разлога, у Уставу би требало *изричито предвидети да је јавно тужилаштво правосудни орган*, а јавне тужиоце и заменике јавних тужилаца прогласити непосредно одговорним за вршење јавнотужилачке функције, и снабдети их одговарајућим овлашћењима.

III. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ КАО РУКОВОДИЛАЦ ПРЕДИСТРАЖНОГ ПОСТУПКА

Закоником о кривичном поступку из 2011. године, преткривични поступак преименован је у „предистражни поступак“,¹⁰⁶ и у извесној мери је преуређен. За разлику од фазе истраге, положај јавног тужиоца у досадашњем преткривичном, сада предистражном поступку, концепцијски је остао исти – јавни тужилац је носилац функције кривичног гоњења и руководиоца ове етапе. Разлика је у томе што су уведена нека нова овлашћења којим се јача руководећа улога јавног тужиоца и што се он учвршћује као орган поступка. Поред тога, придодата су му и нека овлашћења која по својој природи нису адекватна за функцију кривичног гоњења, као што је могућност предузимања доказних радњи. Може се још приметити настојање законодавца да уреди однос између јавног тужиоца и полиције, чему посвећује посебне одредбе, а такође нека полицијска овлашћења сада ставља у компетенцију јавног тужиоца.

Имајући у виду ове опште назнаке промена законске регулативе, да бисмо објаснили положај јавног тужиоца у предистрази, излагање смо поделили у три тематске целине: у првом делу објашњавају се овлашћења којима се осигурава руководећи положај јавног тужиоца; у другој целини објашњавају се мере и радње јавног тужиоца на које је овлашћен као носилац функције кривичног гоњења, али и као орган поступка; у трећој тематској целини анализира се однос јавног тужиоца и полиције од којег у значајној мери зависи ефикасност предистражног поступка.

1. ОВЛАШЋЕЊА КОЈА ЈАВНОМ ТУЖИОЦУ ОБЕЗБЕЂУЈУ ПОЛОЖАЈ РУКОВОДИОЦА

У предистражном поступку као најважнији органи јављају се полиција и јавни тужилац. Према раније важећим прописима, све до 2001. године, процесним закоником није било прецизирано какав положај има јавни тужилац у овој етапи поступка, мада је и пре тога у кривичнопроцесној теорији било мишљења да „према укупном фонду права и дужности“ јавни тужилац има положај „координатора свих делатности

¹⁰⁶ Предистражни поступак је наслов Главе XV Законика о кривичном поступку, у даљем тексту ЗКП ("Службени гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014).

субјеката преткривичног поступка“,¹⁰⁷ односно „да се јавља као руководилац овог поступка“ и да сагласно његовом циљу „усмерава делатност других субјеката“. ¹⁰⁸ Новелираним Закоником о кривичном поступку из 2001. године, изричито се прописује да је јавни тужилац надлежан да „руководи преткривичним поступком“. ¹⁰⁹ За успешно вршење ове руководеће улоге јавног тужиоца, прописане су и извесне обавезе за органе који учествују у преткривичном поступку које они имају према јавном тужиоцу. ¹¹⁰ Ову концепцију и све поменуте одредбе којима је јавни тужилац устоличен у руководиоца преткривичног поступка, преузима нови Законик о кривичном поступку из 2011. године, с тим што још прописује и додатна овлашћења за јавног тужиоца која треба да ојачају његову улогу координатора криминалистичке активности полиције. Нови процесни законик има више различитих одредби којима се уводи и осигурава руководећа улога јавног тужиоца у предистрази, али се оне према њиховој садржини могу разврстати у неколико група.

(а) Као одредбе прве групе могу се означити оне одредбе којима се прокламује да јавни тужилац има руководећу улогу, тј. да је руководилац предистраге. Експлицитна прокламација је садржана у две одредбе процесног законика. Најпре је у глави IV, која садржи опште одредбе о јавном тужиоцу, предвиђено да је јавни тужилац надлежан да „руководи предистражним поступком“ кад су у питању кривична дела за која се гони по службеној дужности (чл. 43. ст. 2. тач. 1). Затим, у оквиру одредби о овлашћењима органа предистражног поступка, поново је изричито прокламовано да „јавни тужилац руководи предистражним поступком“ (чл. 285. ст. 1).

Има мишљења да се „руководећа функција“ огледа „у предузимању потребних мјера у вези са откривањем кривичних дјела и проналажењем учинилаца“, али је дата дефиниција недовољно конкретна, пошто се из ње не види по чему се руковођење разликује од уобичајениог предузимања мера и радњи карактеристичног за сваки државни орган. Мислимо да прецизније одражава суштину појма руковођења схватање према коме се под руководећом улогом подразумева „право и дужност да координира рад многобројних органа који учествују у предистражном поступку као носиоци

¹⁰⁷ Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право - Ток кривичног поступка* (Ниш: СКЦ - Ниш, 1998), стр. 69.

¹⁰⁸ Чедомир Стевановић, *Кривично процесно право СФРЈ* (Београд: Научна књига, 1988), стр. 297-298..

¹⁰⁹ Види члан 46 став 2 тачка 1 Законика о кривичном поступку из 2001. године ("Службени лист СРЈ", бр. 70/2001, 68/2002, и "Службени гласник РС", бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 46/2006, 49/2007, 122/2008, 20/2009, 72/2009, 76/2010).

¹¹⁰ Види стаав 3 и 4 члана 46 ЗКП-а из 2001.

функције откривања, проналажења и пријављивања учинилаца кривичних дела“.¹¹¹ То значи да је суштина руководеће улоге јавног тужиоца да „координира и усмерава“¹¹² активност других државних органа, може се рећи да управља предузимањем разноврсних делатности од стране полиције и других државних органа у предистражном поступку. Руководећа улога јавног тужиоца устаниовљена је с циљем да се делатност откривања кривичних дела, проналажење учинилаца и њихово извођење пред суд учини ефикаснијом.¹¹³

Ради остваривања руководеће улоге, у закону је дато *генерално овлашћење* јавном тужиоцу да предузима потребне радње ради гоњења учинилаца кривичних дела (чл. 285. ст. 2). Осим овог генералног овлашћења, у закону су предвиђени и механизми који треба да осигурају реализацију руковођења предистражним поступком од стране јавног тужиоца: један механизам састоји се у наметању обавезе државним органима да о свим предузетим делатностима обавесте јавног тужиоца и да поступи по свим његовим захтевима у предистражном поступку; други механизам представљају овлашћења којима се осигурава надређени положај јавног тужиоца у односу на полицију; трећи механизам предвиђен је у виду примене начела деволуције у односима између јавног тужиоца и полиције. Поред ових механизма, као потпора руководећем положају може бити и могућност новчаног кажњавања одговорног лица у органу или правном лицу због непоступања по захтеву јавног тужиоца.

(б) *Први механизам* предвиђен је у основним одредбама законика о јавном тужиоцу, изнад којег је наслов „Дужност поступања по захтеву јавног тужиоца“, па би се могло рећи да је то законски назив овог механизма. Суштину овог механизма чине две обавезе органа који учествују у предистражном поступку: 1) обавеза обавештавања јавног тужиоца и 2) обавеза поступања по захтеву јавног тужиоца. О свакој радњи „предузетој у циљу откривања кривичног дела или проналажења осумњиченог“ коју предузме орган који учествује у предистражном поступку, дужан је да обавести надлежног јавног тужиоца (чл. 44. ст. 1. прва реченица). Ту обавезу има сваки орган који учествује у предистражном поступку ако је предузео неку радњу откривања кривичног дела и учиниоца, како полиција, тако и било који други државни орган.

¹¹¹ Снежана Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 69.

¹¹² Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 43.

¹¹³ Момчило Грубач, *Кривично процесно право, Посебни део* (Београд: Службени гласник, 2004), стр. 36.

Сврха прописивања ове обавезе је да се омогући правовремено информисање јавног тужиоца како би могао да као руководилац усмерава предистражни поступак. Према слову закона, суштина друге обавезе је да су полиција и други државни органи надлежни за откривање кривичних дела дужни да поступе по сваком захтеву надлежног јавног тужиоца (чл. 4. ст. 1). Тиме је разрађена општа дужност пружања помоћи учесницима поступка, предвиђена у члану 19, да учесницима поступка, на њихов захтев, пруже потребну помоћ у циљу прикупљања доказа, али се у односу на јавног тужиоца тиме осигурава његова руководећа улога у предистражном поступку. И у прописима о органима кривичног правосуђа такође су елабориране дужности органа који се појављују у предистражном поступку, које учвршћују положај јавног тужиоца као руководиоца. У Закону о јавном тужилаштву најпре је предвиђено да су „државни органи, органи јединица локалне самоуправе и аутономне покрајине, као и друге организације и правна лица“ дужни да јавном тужилаштву „на његов захтев, доставе списе и обавештења потребна за предузимање радњи за које је надлежно“ (чл. 8. ст. 1. ЗЈТ). Поред државних органа, органа локалне самоуправе и правних лица, обавеза је прописана и за сва друга лица да „јавном тужилаштву, на његов захтев, непосредно пруже објашњења и податке који су му потребни за предузимање радњи на које је законом овлашћено“ (чл. 9. ст. 1. ЗЈТ).

Да би се осигурало поступање државних органа по захтевима јавног тужиоца, па самим тим и остваривање руководеће улоге јавног тужиоца, у Законнику о кривичном поступку прописана су додатна овлашћења за јавног тужиоца. Наиме, у случају да неки од државних органа не поступи по захтеву јавног тужиоца, он је овлашћен да о томе одмах обавести старешину који руководи тим органом, а по потреби може да обавести надлежног министра, владу или надлежно скупштинско тело (чл. 44. ст. 2). Овом овлашћењу, установљеном закоником из 2001. године, нови Законик о кривичном поступку из 2011. додаје још једно: за случај да полиција или други државни орган ни након обавештавања старешине не поступи по захтеву у року од 24 сата од када је старешина примио обавештење, јавни тужилац може затражити покретање дисциплинског поступка против лица које сматра одговорним за непоступање по његовом захтеву (чл. 44 ст. 3). Да ли су ова додатна овлашћења која подуприру руководећу улогу јавног тужиоца довољна, анализираћемо у оквиру излагања о односу јавног тужиоца и полиције у предистражном поступку.

(в) Други механизам везан је за руководећу улогу јавног тужиоца у односу на полицију и предвиђен је у одредбама о предистражном поступку (Глава XV), и то у одредбама о овлашћењима органа предистражног поступка. Ова овлашћења установљена су процесним закоником из 2011. године с циљем да се учврсти надређени положај јавног тужиоца у односу на полицију. Прописано је да „јавни тужилац може наложити полицији да предузме одређене радње ради откривања кривичних дела и проналажења осумњичених“ (чл. 285. ст. 3). То је у ствари разрада напред објашњеног овлашћења које јавни тужилац има у односу на било који државни орган, само што је овде конкретизовано према полицији.

Налог јавног тужиоца полицији може бити двојак: да се полиција ангажује у одређеном правцу, или да предузме одређене радње. Јавни тужилац може захтевати да се полиција ангажује, како би испитала да ли постоје елементи неког кривичног дела у одређеној ситуацији, тј. у неком конкретном случају. Правац у ком ће деловати полиција може бити одређен и тако што ће јавни тужилац наложити да се полиција ангажује на откривању одређених кривичних дела у неком тренутку (нпр. кривична дела кријумчарења људи,¹¹⁴ кривична дела везана за опојне дроге¹¹⁵ и сл.). Осим у одређеном правцу, јавни тужилац може наложити полицији да предузме поједине конкретне радње ради откривања конкретног кривичног дела или конкретног учиниоца. На пример, да изврши преглед одређених објеката, да ограничи кретање људи на одређеном простору или да предузме неке друге мере за које сматра да су целисходне у конкретном случају.¹¹⁶

Као и приликом прописивања опште обавезе државних органа да поступе по захтеву јавног тужиоца, и код овог механизма поново је апострофирана дужност полиције „да изврши налог јавног тужиоца, као и да га о предузетим радњама редовно обавештава“ (чл. 285. ст. 3. *in fine*). Прописивањем дужности полиције да поступи по сваком налогу јавног тужиоца и да га обавештава о предузетим радњама, јавни тужилац се поставља у надређени положај у функционалном односу ова два државна органа. Полиција није овлашћена да цени целисходност предузимања радњи које им је наложио јавни тужилац, али може сугерисати на који начин их треба предузети, као и које још

¹¹⁴ Види члан 350. Кривичног законика Србије ("Службени гласник РС", бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016), у даљем тексту КЗ.

¹¹⁵ Види члан 246. и 247. КЗ.

¹¹⁶ Г. П. Илић и др., *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2013), стр. 658.

радње би требало предузети ради постизања циља због којег је јавни тужилац наложио полицији да предузме одређене радње.

За случај да полиција не поступи по налогу јавног тужиоца, прописано је да ће се примењивати одредбе члана 44. ст. 2. и 3. Тако је по други пут законом дато овлашћење јавном тужиоцу да о непоступању по његовом налогу обавести старешину органа чије службено лице није извршило његов налог, а по потреби, кад тако процени, може обавестити министра, владу или надлежно тело парламента, а ако се и после тога у року од 24 сата не поступи по његовом налогу, јавни тужилац може захтевати покретање дисциплинског поступка против овлашћеног службеног лица за које сматра да је одговорно за непоступање по налогу.

(г) *Трећи механизам* успостављен је тек новим процесним закоником из 2011. године, који смо означили као начело деволуције. Напред описана овлашћења која чине прва два механизма, служе да се успостави надређени положај јавног тужиоца у односу на полицију. Тако је успостављена функционална хијерархија у односу јавног тужиоца и полиције. На тој основи, вероватно по аналогiji са принципима уређења јавног тужилаштва, законодавац је и у хијерархијски однос јавног тужиоца и полиције увео принцип деволуције, чија законска дефиниција гласи: „У току предистражног поступка јавни тужилац је овлашћен да од полиције преузме вршење радње коју је полиција на основу закона самостално предузела“ (чл. 285. ст. 5). Из ове законске дефиниције следи да јавни тужилац може предузети сваку, тј. било коју радњу на коју је полиција законом овлашћена. Пошто упад јавног тужиоца у активност полиције није ничим условљен, препуштено је јавном тужиоцу да по сопственом нахођењу преузме вршење неке полицијске радње.

д) *Новчано кажњавање* одговорног лица за непоступање по захтеву јавног тужиоца постављеном у вези са кривичном пријавом, такође иде у прилог руководећег положаја јавног тужиоца. Наиме, у ситуацији кад јавни тужилац из саме кривичне пријаве која му је поднета не може оценити да ли су вероватни наводи пријаве или ако подаци у пријави не пружају довољно основа да може одлучити да ли ће спровести истрагу или ако је на други начин сазнао да је извршено кривично дело, јавни тужилац може поднети захтев државним и другим органима и правним лицима да му пруже потребна обавештења (чл. 282. ст. 1. тач. 3). За случај да се не поступи по овом захтеву, дато је овлашћење јавном тужиоцу да изрекне новчану казну као процесну санкцију. Он може за непоступање по његовом захтеву новчано казнити до 150.000 динара

одговорно лице у државном или другом органу или у правном лицу, а ако и после тога одбије да да потребне податке, може се још једном казнити истом казном (чл. 282. ст. 2).

Напред су приказане и укратко објашњене одредбе којима се прокламује руководећа улога јавног тужиоца у предистрази и одредбе којима се установљавају овлашћења која треба да осигурају остваривање те руководеће улоге у практичној примени. Да бисмо објаснили да ли је и у којој мери измењен положај јавног тужиоца у овој етапи реформисаног поступка, упоредићемо садашњу са до сада важећом регулативом. Разуме се, биће упоређен положај јавног тужиоца у ранијем преткривичном поступку са положајем у садашњем истражном поступку, пошто се ради о истој етапи поступка, само што је преименована.

Из претходног излагања може се закључити да према важећим прописима, положај јавног тужиоца као руководиоца предистражног поступка треба да обезбеде: 1) експлицитна законска прокламација да је он руководилац предистражног поступка; 2) наметање опште обавезе свим државним органима да о предузетим радњама обавештавају јавног тужиоца; 3) наметање опште обавеза да сви државни органи и правна лица поступају по захтеву јавног тужиоца; 4) посебно прописивање да је полиција дужна да обавештава јавног тужиоца о предузетим радњама и мерама; 5) посебно прописивање обавезе полиције да поступа по налогу јавног тужиоца; 6) овлашћење јавног тужиоца да за случај непоступања по његовом захтеву, односно налогу обавести старешину државног органа и друге у закону предвиђене органе и тела; 7) новчано кажњавање одговорног лица за непоступање по захтеву јавног тужиоца; 8) овлашћење јавног тужиоца да захтева покретање дисциплинског поступка против лица одговорног за наизвршавање његових захтева или налога; и 9) овлашћење да преузме вршење неке радње од полиције (деволуција).

Прокламација да је јавни тужилац руководилац ове етапе поступка и већина наведених правних инструмената која ту руководећу улогу треба да осигура, постојали су и у раније важећем законику. Разлика је утолико што овлашћења јавног тужиоца на којима се гради његов надређени положај према полицији, нису посебно издвојена и у закону поново потенцирана, а нека овлашћења нису ни била предвиђена. Посебне одредбе о надређености јавног тужиоца у односу на полицију, садржане у садашњем члану 285. ст. 3, нису постојале, али је руководећи положај и према овом државном органу прозилазио из ранијих општих одредби о положају јавног тужиоца, којима је

била прописана обавеза свих државних органа и полиције да поступају по његовим захтевима и да га обавештавају о предузетим радњама, а за случај да полиција (или други државни орган) не изврши постављени захтев, имао је, као и сада, овлашћење да о томе обавести старешину органа, а по потреби, надлежне органе и тела. У раније важећим прописима нису постојала овлашћења наведена под тачком 8) и 9). Стога се може тумачити да су установљена како би се додатно учврстио руководећи положај јавног тужиоца, али ћемо о делотворности ових инструмената расправљати нешто касније (у излагању о односу јавног тужиоца и полиције).

Из поређења раније и сада важеће законске регулативе, могао би се извести као општи закључак да је законодавац настојао да ојача руководећи положај јавног тужиоца у предистражном поступку установљавањем нових овлашћења, а посебно да учврсти надређени положај јавног тужиоца према полицији. Тиме је нормама кривичног процесног права успостављена функционална хијерархија, што значи да је у вршењу функције кривичног гоњења јавни тужилац надређен полицији. Међутим, поред функционалне, постоји и организациона хијерархија у самој полицији, као у сваком државном органу, која је у полицији строго изражена. Да функционална и организациона хијерархија не би дошле у колизију приликом практичног поступања, било је идеја да се положај јавног тужиоца ојача новим овлашћењима која би имала утицаја на организационом плану. Наиме, у циљу јачања утицаја јавног тужиоца на поступање криминалистичке полиције, у радној групи за израду текста процесног законика предлагано је решење „према којем би министар унутрашњих послова, пре именовања и разрешења полицијског службеника – руководиоца подручне организационе јединице, прибављао мишљење надлежног јавног тужиоца“.¹¹⁷ Од идеје се одустало пошто се закључило да једна таква одредба не спада у кривично процесно право, већ у организационо право, тј. припада закону о организацији и уређењу полиције.¹¹⁸

Без обзира на бројне законске промене, сматра се „да новине не представљају потребан нормативни искорак, да би јавни тужилац у пуној мери могао да оствари руководећу функцију у предистражном поступку“, јер новине само омогућавају „неку врсту формалног утицаја јавног тужиоца на полицију, али не и потпун хијерархијски

¹¹⁷ Г. П. Илић и др., *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2013), стр. 656, 657.

¹¹⁸ *Ibidem*, стр. 657.

однос неопходан за руковођење јавног тужиоца над полицијом“.¹¹⁹ Закључак би био да је успостављена само непотпуна спољашња надређеност коју бисмо могли означити као функционалну хијерархију јавног тужиоца у односу на полицију, али је она без организационе хијерархије недовољно делотворна.

2. РАДЊЕ И МЕРЕ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПРЕДИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ

Положај јавног тужиоца уопште, па и у предистражном поступку одређује се на основу његовог фонда права и дужности који му закон додељује у овој етапи поступка. Његов положај, поред осталог, одређују и радње на које јавни тужилац има право или је обавезан да их предузима. Поред радњи руковођења, јавни тужилац је овлашћен да у предистрази предузима и друге радње и мере. Те радње су разнолике по својој природи и нормативно су на различите начине стављене у надлежност јавног тужиоца. То су, пре свега, радње трагања за извршеним кривичним делима и учиниоцима, радње доказивања и радње принуде. На њихово предузимање јавни тужилац је овлашћен изричитом нормом или је то овлашћење посредно одређено, у случајевима кад је овлашћење за предузимање неких радњи дато органу поступка, или је на предузимање радње овлашћен други орган (полиција), али је јавни тужилац овлашћен да преузме вршење те радње (деволуција). Затим, у те радње треба сврстати одлучивање о кривичној пријави, пошто је процесним закоником предвиђено да је јавни тужилац једини надлежни орган коме се подносе кривичне пријаве и који о њима одлучује (чл. 281. ст. 1).

2.1. ПОТРАЖНЕ РАДЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

Генерално овлашћење да предузима потражне радње јавни тужилац није имао ни према ранијим прописима нити га има по важећем процесном закоником, али могућност да предузима поједине радње ипак постоји. Та могућност предвиђена је одредбама о поступању јавног тужиоца по кривичној пријави (чл. 282. ст. 4) и одредбама о преузимању радњи од полиције (чл. 285. ст. 5).

Првонаведена могућност предвиђена је за случајеве кад јавни тужилац не може да одлучи о поднетој кривичној пријави, па је потребно да прикупи потребна додатне

¹¹⁹ Г. Илић, „Предистражни поступак кроз однос јавног тужиоца и полиције у пракси судова”, у: *Јавно тужилаштво и полиција - изазови тужилачке истраге* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2017), стр. 20, 21.

обавештења. Он је овлашћен да у тим случајевима затражи помоћ полиције, али и да сам прикупља обавештења од грађана, у ком случају може и позивати грађане на „информативни разговор“. Кад јавни тужилац сам прикупља обавештења од грађана, дужан је да поступа по процесним правилима која важе за полицију у погледу позивања грађана, њиховог принудног довођења, трајања информативног разговора, прописаних формалности и забрањених начина прикупљања обавештења, као и сачињавања службене белешке или записника о датом обавештењу. Такође може тражити од државних и других органа и правних лица да му пруже потребна обавештења. Могућност за предузимање ове потражне радње била је предвиђена и према ранијим прописима.¹²⁰

Из одредби о преузимању радњи од полиције, на први поглед као да произилази да је јавни тужилац овлашћен да преузме било коју потражну радњу на коју је полиција по закону овлашћена. Законска формулација овог овлашћења гласи: „јавни тужилац је овлашћен да од полиције *преузме вршење радње* коју је полиција на основу закона самостално предузела“. Пошто у цитираној одредби нема ниједног услова ни ограничења, то би значило да јавни тужилац може предузети сваку радњу коју је полиција започела (у закону стоји „предузела“, али се логички претпоставља да та радња није довршена, да би могла бити преузета, у противном, ако је радња довршена јавни тужилац би морао бити овлашћен да понови радњу коју је полиција предузела). Другим речима, ако је овлашћен да преузме сваку радњу од полиције то би значило да има овлашћење на предузимање свих потражних радњи. Међутим, питање је да ли је то реално могуће и да ли је то у свим ситуацијама допуштено. Наиме, јавни тужилац нема довољно стручног знања ни искуства, нити као државни орган довољно кадровских ни техничких ресурса за предузимање баш свих потражних радњи које су типично криминалистичке природе (нпр. праћење, рација и слично). А у неким ситуацијама преузимање радњи није могуће, јер би било незаконито, нпр. кад БИА спроводи те радње јер јавни тужилац не би могао да „упадне“ у активност БИА, пошто према закону¹²¹ послове Агенције искључиво врше припадници ове агенције.¹²²

Непотребно су тако широко постављена овлашћења јавног јавног тужиоца, па треба тумачити да је јавни тужилац овлашћен на предузимање оних потражних радњи

¹²⁰ Види члан 235. ст. 2. Законика о кривичном поступку из 2001. године.

¹²¹ “Службени гласник РС”, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 (Одлука Уставног суда), 66/2014.

¹²² Г. Илић, Предистражни поступак кроз однос јавног тужиоца и полиције у пракси судова, ин *Јавно тужилаштво и полиција - изазови тужилачке истраге* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2017), 24.

које су примерене основној функцији коју обавља, као што је нпр. информативни разговор, а да су остале радње трагања за кривичним делом и учиниоцем, по природи ствари полицијске. Такво значење имају одредбе чл. 282 ст. 1 тач. 1 и 2, којима је јавни тужилац, у случајевима кад не може да одлучи о кривичној пријави, овлашћен да сам прикупи потребне податке и да грађане позове на информативни разговор.

2.2. ДОКАЗНЕ РАДЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

За разлику од ранијег преткривичног поступка, који је био строго неформалан, у предистражном поступку, како је сада уређен, могу се предузимати и доказне радње без посебних законских ограничења, чиме је скоро изједначен са фазом истраге. Да је јавни тужилац овлашћен да у предистрази предузима доказне радње уређено је на различите начине. У одредбама о времену покретања истраге изричито се помиње да се наредба о спровођењу истраге доноси после „прве доказне радње“, коју је у предистрази предузео јавни тужилац (или полиција).¹²³ У одредби којом се јавни тужилац овлашћује да од полиције преузме „вршење радње“, није искључена ниједна радња, што значи да може преузети и вршење доказних радњи. Постоје и одредбе којима се изричито овлашћује на предузимање доказних радњи, било тако што се изричито помиње јавни тужилац, било „орган поступка“.

Јавни тужилац је изричито овлашћен да у предистражном поступку саслушава осумњиченог (чл. 289 ст. 3). Услов је да бранилац присуствује саслушању, а само саслушање се врши по правилима о саслушању окривљеног у кривичном поступку, што исказу окривљеног даје доказну снагу. Јавни тужилац је још изричито овлашћен да у предистражном поступку изврши претрес стана без наредбе суда (чл. 158 ст. 1). Међутим, то је типична полицијска радња и непотребно је стављена и у надлежност јавног тужиоца, кад се иако у виду законски услови под којима се може предузети.

Као орган поступка, јавни тужилац је овлашћен да у предистрази предузме следеће доказне радње: вештачење телесних повреда (чл. 127), увиђај (чл. 133 ст. 1), реконструкција кривичног догађаја (чл. 137 ст. 1), прибављање исправа (чл. 139 ст. 1) и привремено одузимање предмета (чл. 147 ст. 1). Кад се ради о кривичним делима са запређеном казном од четири године затвора или тежом казном, или о делима из члана 143. став 1. ЗКП, овлашћен је да предузме и неке доказне радње на које полиција није овлашћена: може наредити преглед и обдукцију леша, осим ексхумације (чл. 129. ст .

¹²³ Види чл. 296. ст. 2. ЗКП.

1); узимање биометријских и узорака биолошког порекла (чл. 140-142); прибављање података од банке или друге финансијске организације (чл. 144). Посебне доказне радње јавни тужилац није овлашћен да сам предузима, али може поднети захтев да суд донесе одлуку о њиховом предузимању.¹²⁴

2.3. ОГРАНИЧЕЊЕ ЛИЧНЕ СЛОБОДЕ (ЗАДРЖАВАЊЕ ОСУМЊИЧЕНОГ)

Од радњи процесне принуде јавни тужилац је једино овлашћен да предузме задржавање осумњиченог. Он својом одлуком може да одреди задржавање осумњиченог ради прикупљања обавештења или ради саслушања осумњиченог. По својој садржини, задржавање представља ограничење личне слободе осумњиченом за одређено али краће време. До ступања на снагу важећег законика, задржавање је била ексклузивна полицијска радња принуде, па се тако и називала – полицијско задржавање. И према важећем законуку задржавање може наредити полиција својом одлуком али само у случајевима кад им то јавни тужилац одобри.

Јавни тужилац може одредити задржавање: а) према лицу које је лишено слободе, зато што постоје разлози за одређивање притвора и б) према лицу позваном у својству осумњиченог ради прикупљања обавештења или према лицу позваном у својству потенциционалног које у току информативног разговора постане осумњичени.

Задржавање осумњиченог може трајати најдуже 48 сати од часа хапшења, односно од момента одазивања на позив полиције. То није притвор већ задржавање осумњиченог, чије трајање одговара међународним правним стандардима и није противно праву ухапшеног да одмах буде изведено пред суд, јер је пракса Европског суда за људска права да се дужина времена привођења тумачи са доста толеранције, рекло би се беневоолентно, тако да критеријум промтности у неким случајевима значи и неколико дана. После истека рока од 48 сати орган који је наредио задржавање дужан је да осумњиченог пусти на слободу, ако га до истека тог рока осумњичени не буде приведен судији за претходни поступак ради одређивања притвора (чл. 69. ст. 2). Време задржавања урачунава се у време најдужега трајања притвора.

Јавни тужилац је дужан да задржаном лицу предочи и омогући коришћење права гарантованих начелом заштите личне слободе (чл. 69. ст. 1).

Поступак задржавања започиње доношењем решења о задржавању осумњиченог. Јавни тужилац је дужан да одмах а најкасније у року од два сата донесе и

¹²⁴ Види чл. 166, чл. 171, чл. 174, чл. 178, чл. 181, чл. 183. ЗКП.

задржаном лицу уручи решење. У решењу се наводи дело за које се осумњичени терети, основи сумње, дан и час лишења слободе или одазивања позиву, као и време почетка задржавања. Од тренутка доношења решења осумњичени мора имати браниоца, и кад за учињено дело стручна одбрана није обавезна. Ако сам осумњичени не узме браниоца у року од четири часа, јавни тужилац ће му обезбедити браниоца по службеној дужности, и то по редоследу са списка адвоката који доставља одговарајућа адвокатска комора.

Пошто бранилац има право да присуствује сваком разговору који са осумњиченим води овлашћено службено лице ради прикупљања обавештења, саслушање осумњиченог мора се одложити до доласка браниоца, а одлагање може трајати најдуже четири сата.

Против решења о задржавању осумњичени и његов бранилац имају право жалбе, која не одлаже извршење, у року од шест часова од момента доношења решења. Поступак по жалби је хитан: судија за претходни поступак мора да одлучи о жалби у року од четири сата од пријема жалбе.

2.4. ШИРЕЊЕ ОВЛАШЋЕЊА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА ДА ПРЕДУЗИМА РАДЊЕ У ПРЕДИСТРАЗИ

Из претходног излагања о разноврсним овлашћењима јавног тужиоца у предистражном поступку опште је запажање да их је у реформисаном кривичном поступку знатно више. Као најзначајније новине за остваривање функције кривичног гоњења, могу се навести следеће:

- Јавни тужилац је сада овлашћен да предузима све потражне радње, док је раније био овлашћен, концепцијски сасвим исправно, само на информативни разговор.

- Он такође може да сада предузима све доказне радње, изузев оних које су законом директно искључене, док раније уопште није имао овлашћење да предузима доказне радње. Према ранијим прописима осумњиченог је могла саслушати само полиција, а сада и јавни тужилац.

- Искључиво јавни тужилац има овлашћење да одлучује о задржавању осумњичених лица до 48 сати, док је то раније било ексклузивно овлашћење полиције.

3. ОДНОС ЈАВНОГ ТУЖИЛАШТВА И ПОЛИЦИЈЕ У ПРЕДИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ

У погледу односа јавног тужиоца и полиције прави се разлика између европскоконтиненталне и енглеске концепције: у европскоконтиненталном праву јавно тужилаштво има руководећу улогу у току ислеђења и коначно одлучује о кривичном гоњењу, док полиција има активну улогу у припремању кривичног предмета али уз руководећу улогу јавног тужиоца; насупротив томе, енглески систем привилегује полицију у ислеђењу и гоњењу осумњичених за извршена кривична дела,¹²⁵ па је и Филипс Краљевска Комисија (The Philips Royal Commission) видела одвајање тужиоца од одлуке о оптужби као кључно за одржавање одговарајућег односа између тужиоца и истражитеља, зато је препоручила да тужилаштво не би требало да има надзорну улогу над полицијом, јер би у случају вршења надзора над полицијским активностима тужилац изгубио објективност у процени кривичног случаја.¹²⁶

У континенталном типу, што се тиче степена овлашћења тужилаца, постоји низ варијација у различитим законодавствима. Ипак, у већини законодавастава, тужилац је овлашћен: да наложи покретање истраге, да даје упутство о обиму истраге, да лично истражује кривични предмет, или да учествоваће у истраживању и да одлучује о врсти истраге.¹²⁷

Пошто наш модел уређења односа органа у ислеђењу и кривичном гоњењу припада европскоконтиненталном, за остваривање ових функција од посебне је важности однос јавног тужиоца и полиције. У нашем правном систему, тај однос на функционалној равни уређен је кривичним процесним правом, а у организационом погледу, прописима организационог процесног права. Зато ћемо однос јавног тужиоца и полиције анализирати најпре према прописима кривичног процесног права, а потом према Закону о полицији.

¹²⁵ E. Mathias, „L'équilibre des pouvoirs entre la police et le ministère public“, in *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)* (Paris: 1995), стр. 399.

¹²⁶ D. Kyrianiou, „Comparative Analysis of Prosecution Systems (Part II): The Role of Prosecution Services in Investigation and Prosecution Principles and Policies“, *Cyprus and European Law Review*, 6 (2008), р. 2.

¹²⁷ *Ibidem*, р. 8.

3.1. ОДНОС ИЗМЕЂУ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА И ПОЛИЦИЈЕ ПРЕМА ПРОПИСИМА КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА

На однос јавног тужиоца и полиције у предистражном поступку првенствено утичу они прописи кривичног процесног права којима је установљена и уређена руководећа улога јавног тужиоца. С циљем да се осигура његов руководећи положај, установљена су бројна овлашћења јавног тужиоца, о којима је напред било речи. Укратко, јавни тужилац је овлашћен: да предузима оне потражње радње на које је овлашћена полиција; да наложи полицији предузимање радњи откривања кривичног дела и проналажење учинилаца и тако усмери потражњу активност полиције; да обавести старешину полиције или друге органе и да иницира дисциплински поступак против овлашћеног полицијског службеника за случај непоступања по његовом налогу; да од полиције захтева прикупљање додатних обавештења о делу и учиниоцу; да новчано казни одговорно лице ако орган који не поступи по његовом захтеву; да од полиције преузме вршње предузете радње.

Ова овлашћења о руководећој улози јавног тужиоца задиру у саму срж односа јавног тужиоца и полиције. Ранија и новоустановљена овлашћења о руковођењу преткривичним, односно предистражним поступком имају циљ учвршћивање надређеног положаја јавног тужиоца над полицијом, а у крајњем повећање ефикасности кривичног гоњења. Кад се посматра нормативно и концепцијски, може се очекивати да се та функционална хијерархија јавног тужиоца над полицијом у одређеној мери и оствари, али је питање колико су нове одредбе усаглашене са постојећим класичним институтима преузетим из ранијег преткривичног поступка, те какав ће утицај имати прописи о организационом уређењу ових органа на њихов хијерархијски однос, у крајњем, може се поставити питање ефективности појединих процесних правила, о чему ће надаље бити речи.

а) За реално остваривање руководеће улоге јавног тужиоца, кључно је питање да ли законом установљени механизам осигурава да полиција обавезно поступа по захтеву и налозима јавног тужиоца. Кад се посматра процесноправни механизам сам за себе, могло би се рећи да прописана средства која јавном тужиоцу стоје на располагању кад полиција не изврши његов налог, изгледају довољна да „присили“ полицију да изврши издати налог. Међутим, у литератури и међу носиоцима јавнотужилачке функције оцењује се да процесноправни прописи нису довољни да сами за себе осигурају обавезно извршавање од стране полиције тужбених налога. Сматра се да је реч о

једном „типу непотпуне и спољашње надређености јавног тужиоца над полицијом“,¹²⁸ која је недовољна. Образлаже се да полиција предузима активности за јавног тужиоца, по његовом налогу или надзору, али резултате професионалног рада полиције не оцењује тај који наређује, тј. “за кога раде”, него надлежни полицијски старешина. „Зато је вероватно да ће у политички осетљивим и сложеним предметима, полиција пре послушати налог старешине, него јавног тужиоца“. ¹²⁹ Још се додаје да пракса отказивања послушности полиције јавном тужиоцу није непозната ни у боље уређеним системима.¹³⁰ И не само кад се ради политички осетљивим предметима већ и предметима кад су осумњичени припадници полиције, нереално је очекивати да јавни тужилац од полиције добије захтеване податке или да полиција предузме наложене радње и тако оствари пуну сарадњу, ако нема правних и стварних могућности да их на то принуди. Овакав став се образлаже чињеницом да каријера, односно напредовање, полицијских службеника искључиво зависи од полицијских старешина, а њихово напредовање, од надлежног министра, који је политички функционер, па је у случају супротстављених интереса и ставова о томе да ли полиција треба да поступи по издатом налогу јавног тужиоца, „реално очекивати да упутства полицијских старешина имају већу тежину од захтева јавног тужиоца“. ¹³¹

И поред наведених мањкавости правног механизма, мислимо да ће полиција редовно, у већини случајева, професионално извршавати налоге јавног тужиоца. У којој мери ће то и бити, зависи од квалитета односа конкретног јавног тужилаштва и конкретног органа полиције. Поред тога, треба имати у виду да разни фактори могу утицати да полиција неквалитетно или неблаговремено изврши налог јавног тужиоца, или да га не изврши. За неквалитетно извршавање његових налога нема другог правног пута него да јавни тужилац поново изда налог полицији.

Насупрот томе, у случајевима кад полиција не поступи по његовом налогу, стварају се услови за примену процесноправног механизма: јавни тужилац о томе одмах обавештава старешину који руководи тим органом, а по потреби може да обавести надлежног министра, владу или надлежно скупштинско тело (чл. 44. ст. 2). За

¹²⁸ Г. Илић, „Предистражни поступак кроз однос јавног тужиоца и полиције у пракси судова“, у: *Јавно тужилаштво и полиција - изазови тужилачке истраге* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2017), стр. 21

¹²⁹ *Ibidem*.

¹³⁰ Više o tome vidi kod: J. Hodgson, 'The Police, The Prosecutor and The Judge D'Instruction: Judicial Supervision in France, Theory and Practice', *British Journal of Criminology*, 41 (2001), pp. 342-361.

¹³¹ Радован Лазић, „Потражне и доказне радње полиције у предистражном поступку“, у: *Јавно тужилаштво и полиција* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2017а), стр. 32.

случај да полиција ни након обавештавања старешине не поступи по захтеву у року од 24 сата од када је старешина примио обавештење, јавном тужиоцу стоји на располагању овлашћење да иницира дисциплински поступак против лица које сматра одговорним за учињени пропуст (чл. 44 ст. 3). Међутим, јавни тужилац нема никаквог утицаја на покретања и исход дисциплинског поступка, чак није овлашћен ни да учествује у том поступку. О томе да ли ће дисциплински поступак против овлашћеног лица које јавни тужилац сматра одговорним, бити покренут и какав ће исход бити, одлучују дисциплински органи полиције.¹³² У овим ситуацијама основни проблем је у томе што је за покретање дисциплинског поступка надлежан управо старешина полиције¹³³ кога је јавни тужилац већ обавестио о непредузимању наложене радње, а радњу и поред тога полиција није предузела.

Може се прихватити као реалан напред изнети став да се проблем непоступања по захтеву јавног тужиоца нарочито заострава у „осетљивим“ предметима, код којих по мишљењу јавног тужиоца треба предузети неку радњу у циљу откривања кривичног дела и учиниоца или расветљења дела, а предузимање тих радњи би са политичког становишта било под упитником или непожељно. Једнако тако то важи за правно и чињенично компликоване предмете и предмете у којима је неки полицијски припадник осумњичен за извршено кривично дело. Основни узрок томе је строго хијерархијско уређење полиције као државног органа за које је функционална надређеност јавног тужиоца недовољна да осигура обавезно извршење његових налога. Полиција је на име организационо установљена као централна организациона јединица у оквиру министарства унутрашњих послова, уређена на начелима једностарешинства и субординације, на чијем је челу министар унутрашњих послова, што значи да је директно подређена политичкој извршној власти. Управо је то разлог због којег је разумно очекивати да ће се полицијски службеник приликом одлучивања да ли треба поступити по налогу јавног тужиоца или треба извршити наређење претпостављеног старешине, одредити да поступи по налогу свог полицијског руководиоца. „Очита је надмоћ организационе хијерархије полиције над функционалном хијерархијом јавног тужиоца, што се латентно може одразити на дисфункционалност ових органа“.¹³⁴ Из ових разлога и из разлога компетентности се и сматра да код већине кривичних

¹³² Дисциплински поступак регулисан је одредбама чланова 202 до 217 Закона о полицији Србије ("Службени гласник РС", бр. 6/2016).

¹³³ Види чл. 210 ст. 2 Закона о полицији Србије.

¹³⁴ Војислав Ђурђић, „Јавно тужилаштво и полиција пред изазовима јавнотужилачке истраге“, у: *Јавно тужилаштво и полиција* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2017а), стр. 13.

предмета и даље постоји „проблем усклађивања организационе и функционалне хијерархије“ јавних тужилаца и полиције.¹³⁵

б) Поред делотворности процесноправног механизма, поставља се и питање фактичке могућности јавног тужиоца да оствари руководећу улогу. Сматра се да руководећу улогу јавног тужиоца ограничавају следеће чињенице: полиција има могућност да сама одлучује како ће користити своје персоналне и друге ресурсе и да одређује тежишне тачке у борби против криминала; власт полиције над подацима означава се као један од главних разлога за информационо преимућство полиције; после кривичне пријаве која се уобичајено подноси полицији, она самостално предузима даље оперативно-тактичке мере и радње и истражује месецима без знања јавног тужиоца, и тако сама себи даје право да одлучује у ком моменту ће о томе обавестити јавног тужиоца; у већини случајева јавни тужиоци не располажу одговарајућим општим криминалистичким знањима а још мање специјастичким знањима, па су јавни тужиоци упућени на полицијске компетенције.¹³⁶ Закључак је да кадровски и технички ресурси, криминалистичка и специјализована компетентност, те чињеница да полиција по правилу прва сазнаје о извршеном кривичном делу, представљају фактичке предности полиције које ограничавају функционалну надређеност јавног тужиоца као руководиоца предистражног поступка.

в) Треће питање које се отвара због нове регулативе и ширења овлашћења јавног тужиоца у предистражном поступку односи се на преклапање овлашћења јавног тужиоца, с једне стране, и овлашћења полиције, с друге стране. Напред смо објаснили да јавни тужилац номинално има овлашћење да предузима све радње на које је по закону овлашћена полиција, затим, да јавни тужилац може по начелу деволуције преузети од полиције вршење сваке радње (што би значило и сваке потражне радње), као и да својим налозима може усмеравати активност полиције у предистражном поступку. Процесним одредбама којима су установљена ова овлашћења, потиру се границе између функције откривања кривичних дела и учинилаца и функције кривичног гоњења. Изгледа да је то и била намера законодавца, кад се узму у обзир тврдње да би са новим концептом традиционална подела послова између органа у поступку, према којој је јавни тужилац орган гоњења а полиција орган откривања

¹³⁵ Божидар Бановић, „Међусобни односи и компетентност органа предистражног поступка“, *Ревија за криминологију и кривично право*, 1 (2015), стр. 87.

¹³⁶ *Ibidem*, стр. 73 и 74.

кривичних дела, требало да изгуби на значају.¹³⁷ Оваква концепција законодаваца неспорно доприноси јачању надређеног положаја јавног тужиоца у односу на полицију, али има и своје негативне стране.

Као прво, под упитником је компетентност јавног тужиоца да предузима радње откривања кривичних дела и њихових учинилаца. За успешно предузимање потражне делатности руководиоцу су потребна знања из правне области, општа знања из криминалистике и других специјализованих области. Претпоставка је да јавни тужилац располаже правничким знањима, јер је као услов за именовање прописано да је завршио правни факултет, да има положен правосудни испити и одређено искуство у раду.¹³⁸ У којој мери ће неки конкретни јавни тужилац или заменик јавног тужиоца поседује потребно знање из правних области, зависи од студијског програма који је похађао, те да ли је све потребне правне предмете изучавао на одсеку који је завршио, а посебно колико искуства има у вршењу кривичног правосуђа. За предузимање радњи откривања кривичних дела, било да их сам предузима или руководи потрагом, јавном тужиоцу су преко потребна знања из криминалистике. Проблем је у том погледу што сви програми студија права немају као обавезни предмет криминалистику, па су јавни тужиоци који нису изучавали овај наставни предмет на правним студијама, принуђени да накнадно и спорадично, најчешће *ad hoc*, стичу фрагментарна криминалистичка знања током вршења јавнотужилачке функције. То су разлози због којих се може рећи да јавни тужиоци немају потребну компетентност нити потребно криминалистичко-тактичко искуство за предузимање потражне делатности. Чињеница да је за успешну потражну делатност потребно правничко, криминалистичко и друга специјализована знања, разлог је да се у многим државама усталила добра пракса развијања тенденција унапређења компетенција јавних тужилаца (кроз специјализацију за поједине категорије кривичних дела) или развијања модела истражних тимова сачињених од експерата различитих стручних профила, из полиције али и других државних органа.¹³⁹

Поред стручне компетентности треба имати у виду кадровске, организационо-техничке и тактичке капацитете полиције (уз њену мобилност високог степена), због којих полиција реално има јачи положај него што је номинално прокламовано у

¹³⁷ Г. П. Илић и др., Коментар Законика о кривичном поступку (Београд: Службени гласник, 2013), стр. 657.

¹³⁸ Види члан 76. и 77. Закона о јавном тужилаштву Србије ("Службени гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011, 101/2011, 38/2012 (Одлука Уставног суда), 121/2012, 101/2013, 111/2014 (Одлука Уставног суда), 117/2014, 106/2015, 63/2016 (Одлука Уставног суда).

¹³⁹ Б. Бановић, „Међусобни односи и компетентност органа предистражног поступка“, Ревизија за криминологију и кривично право, 1 (2015), стр. 79.

законским нормама о односу јавног тужиоца и полиције. То није карактеристика само наших државних органа трагања и кривичног гоњења, већ се сусреће и у другим државама које су усвојиле јавнотужилачку истрагу. Отуда и мишљење да је у европскоконтиненталном праву функционална зависност полиције само теоријског карактера, будући да она *de facto* ужива истинску аутономију у току припремне фазе претходног поступка.¹⁴⁰

г) Издавање налога полицији од стране јавног тужиоца, које у суштини представља усмеравање оперативне активности полиције, могло би имати и неке негативне реперкусије, а у ситуацијама у којим полиција предузме прве оперативне активности по налогу јавног тужиоца, нејасно је у којој форми о резултатима трагања полиција треба да обавести јавног тужиоца.

Да ли ће се усмеравање полицијских активности негативно одразити на проактивну оперативну улогу полиције, зависиће од тога како у пракси буде схваћен циљ ових реформских захвата. Негативан правац би био да се тежиште активности оперативног рада помери од полиције ка јавном тужиоцу: уместо да самоиницијативно предузимају трагање за кривичним делима и њиховим учиниоцима, овлашћена службена лица могу се навићи чекају захтев јавног тужиоца, што би могло довести до пасивизације полиције у домену оперативног рада.

Кад оперативну активност у неком конкретном случају полиција започне по налогу јавног тужиоца поставља се питање има ли места у то случају подношењу кривичне пријаве након предузима наложених радњи и мера. И начелно се може поставити питање има ли смисла да полиција подноси кривичну пријаву јавном тужиоцу када је кривична пријава резултат потпуног садејства полиције и јавног тужиоца у предистражном поступку. Има мишљења да подношење кривичне пријаве нема никаквог смисла када јавни тужилац сазнања прибавља непосредно, остварујући функцију руковођења полицијом у предистражним поступком, те да би у тој ситуацији било логичније да полиција, након спроведених потражних и доказних радњи које је наложио јавни тужилац, целокупан материјал једноставно достави јавном тужиоцу на

¹⁴⁰ E. Mathias, 'L'équilibre des pouvoirs entre la police et le ministère public', in *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)* (Paris: 1995), str. 415 (цитрано према: Б. Бановић, „Међусобни односи и компетентност органа предистражног поступка“, Ревизија за криминологију и кривично право, 1 (2015), str. 74. fus nota 19).

даље поступање без формалног подношења кривичне пријаве.¹⁴¹ Са изнетим гледиштем смо начелно сагласни, с том разликом што би, уместо пријаве, по нашем мишљењу примерено било да полиција поднесе кратак писани извештај или писану информацију о предузетим мерама и радњама. Форма кратког извештаја или писане информације била би адекватна и у свим другим ситуацијама кад полиција сматра да нема места кривичном гоњењу, без обзира да ли је самоиницијативно или по захтеву јавног тужиоца предузимала потражне и друге радње (Не види се смисао да полиција у оваквим ситуацијама подноси кривичну пријаву само да би је јавни тужилац одбацио).¹⁴²

д) За однос јавног тужиоца и полиције интересантно је једно ново законско решење које се у литератури означава као „полицијско изнуђивање истраге“, а везано је за покретање истраге. Наиме, прописано је да 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). Ова неспретна формулација изазвала је различита тумачења. Једни тумаче да предузимањем било које доказне радње полиција може „присилити“ јавног тужиоца да покрене истрагу, јер је по цитираној одредби јавни тужилац обавезан да покрене истрагу, без обзира што би мога имати и оцену супротну од полицијске.¹⁴³ Према другом тумачењу, наведена одредба не може дезавуисати руководећи положај јавног тужиоца ни у тој ситуацији, па јавни тужилац као и у свим другим ситуацијама има овлашћење да одбаци кривичну пријаву или да наредбом покрене истрагу.¹⁴⁴ Постоји и мишљење да су оба рока инструктивног карактера – и фактички рок да се наредба о покретању истраге доноси пре или непосредно после прве доказне радње и други, максимални рок да се наредба мора донети најкасније у року од 30 дана од када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи полиције.¹⁴⁵ И поред изнетог упозорења, мислимо да полиција не може „принудити“ јавног тужиоца да покрене истрагу тиме што ће предузети неку доказну радњу, из више разлога. Најпре, поменути рок је уведен с

¹⁴¹ Г. Илић, „Предистражни поступак кроз однос јавног тужиоца и полиције у пракси судова“, у: *Јавно тужилаштво и полиција - изазови тужилачке истраге* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2017), стр. 22 и 23.

¹⁴² Војислав Ђурђић, „Јавно тужилаштво и полиција пред изазовима јавнотужилачке истраге“, у: *Јавно тужилаштво и полиција* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2017а), стр. 14.

¹⁴³ Г. Илић, „Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у“ (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2012), стр. 164.

¹⁴⁴ Снежана Бркић, *Кривично процесно право II*, Нови Сад, 2013, стр. 89.

¹⁴⁵ Милан Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2013, стр. 94.

циљем да се покретање и спровођење истраге учине бржим и ефикаснијим, а не да се дерогира руководећи положај јавног тужиоца, само што је законска формулација неспретна па изазива недоумице. Треба још додати да законик не прописује никакве процесне последице ни санкције ако јавни тужилац прекорачи поменути законски рок. Све су то разлози због којих треба тумачити да је тај рок инструктивног карактера и да јавни тужилац цени и у сваком, па и овом случају да ли су испуњени законски услови за покретање истраге, без обзира што је полиција предузела доказну радњу у предистрази и о томе га обавестила.

У погледу односа између ова два органа, општи закључак би био да је према раније важећим прописима орган унутрашњих послова, како је полиција у процесном законик у значајној мери означавана, конципиран као орган у чијој је компетенцији откривање кривичних дела, а тужилаштво је имало положај органа кривичног гоњења. Функције ових органа биле су строго раздвојене – полиција је била орган трагања а јавни тужилац орган гоњења. Сада су овлашћења и функције ових органа испреплетене, јер јавни тужилац сада може да сам предузима или наређује радње трагања, а функционално је надређен полицији. То значи да поједине радње у предистражном поступку може да предузима искључиво јавни тужилац, а не постоји ниједна радња коју јавни тужилац не може сам да предузме, без обзира што је на њено предузимање овлашћена полиција. У супротном смеру, нема радњи које су законом стављене у искључиву надлежност полиције а да јавни тужилац није овлашћен да их контролише и усмерава.¹⁴⁶

Други закључак би био да је новим овлашћењима о усмеравању потражне активности полиције и прописивањем могућности да преузме вршење било које радње од полиције – значајно ојачана руководећа улога и функционална надређеност јавног тужиоца над полицијом, пре свега на нормативном плану. Ову концепцијску замисао ремети фактичка надмоћ полиције у домену компетентности и техничко-тактичких ресурса за предузимање потражних радњи, односно оперативне делатности.

Трећи општи закључак је да процесноправна решења нису, сама за себе, довољна да осигурају руководећу улогу јавног тужиоца и ефективност његових налога полицији, већ је потребно да се полиција организационо постави тако да поред функционалне омогући и организациону хијерархију јавног тужиоца.

¹⁴⁶ За упоредно право, види: Е. Mathias, 'L'équilibre des pouvoirs entre la police et le ministère public', in *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)* (Paris: 1995), стр. 402, 403; Г.П. Илић – Б. Бановић, „Полиција и нова решења у Законик о кривичном поступку“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2013), стр. 103-105.

На крају, поједина ранија законска решења треба ускладити са новим уређењем односа јавног тужиоца и полиције, као што је подношење кривичне пријаве од стране полиције, а поједина прецизирати како би остварила своју функцију у практичној примени, као што је „изнуђивање истраге од стране полиције“.

3.2. Однос полиције и јавног тужиоца у упоредном праву и према Закону о полицији

Обављање полицијске делатности у предистражном (и претходном) кривичном поступку регулисано је осим кривичнопроцесним закоником и прописима организационог права, прецизније Законом о полицији. Та двострука регулатива, или се непосредно односи или се одражава на однос јавног тужиоца и полиције. С тим у вези, може се запазити да је законодавац у Закону о полицији из 2016. године¹⁴⁷ настојао да разграничи полицијске послове. Полицијски послови разврстани су у две групе. У једној групи су „полицијска овлашћења“ која могу обављати само полицијски службеници који имају статус „овлашћених службених лица“. У закону је набројано петнаест таквих овлашћења (чл. 64 ЗП). Њих полиција примењује, поред осталог, и по налогу јавног тужиоца, у складу са процесним закоником, за потребе кривичног гоњења. Другу групу чине „полицијске мере и радње“ (чл. 47 ЗП). Поред прецизирања врста полицијских послова, начелно је регулисан и однос јавног тужиоца и полиције: „Полиција у предистражном и истражном поступку примењује полицијска овлашћења утврђена Закоником о кривичном поступку и поступа по налогу и захтевима јавног тужиоца и суда“ (чл. 18. ст. 1).

У целини гледано, разлучивање полицијских послова и декларацију да полиција поступа по налогу и захтевима јавног тужиоца, треба позитивно оценити јер побољшава регулативу односа јавног тужиоца и полиције. Међутим, и даље овлашћена службена лица морају да поступају по наређењу својих старешина и налазе се под њиховом дисциплинском влашћу, па се не може очекивати да изврше налог јавног тужиоца ако се разликује од наређења свог старешине. Тешко је замислити да ће овлашћено службено лице „поступати по било којем значајнијем предмету у истражном и предистражном поступку без двосмерне комуникације са непосредно

¹⁴⁷ Закон о полицији Републике Србије ("Службени гласник РС", бр. 6/2016, 24/2018, 87/2018).

претпостављеним руководиоцем¹⁴⁸. Зато би закључак ипак био да ни нова регулатива не решава проблем непоступања полиције по захтеву јавног тужиоца. Прокламовану руководећу улогу јавног тужиоца у односу на полицију не прате никаква хијерархијско-организациона решења у погледу односа јавно тужилаштво – полиција, већ је и даље реч о два, суштински потпуно одвојена, органа која поседују раздвојене руководеће структуре и потпуно различиту и одвојену организацију.¹⁴⁹

У основи овог проблема је питање како организационо устројити полицијске органе да буду и у функционалној хармонији са наређеним положајем јавног тужиоца. У упоредном праву овај проблем решаван је на различите начине: у неким државама основан је посебан део полиције (тзв. судска полиција) која одговара јавном тужилаштву за спровођење истрага, откривање и хапшење учинилаца кривичних дела (Шпанија); постоје и државе где су одређени организациони делови полиције припојени јавном тужилаштву, тако да представљају део тужилаштва, са истом функцијом и одговорношћу као у првом систему (Белгија); поједине државе у сваком јавном тужилаштву имају одељење полиције које је функционално подређено старешини тужилаштва (Италија); најјачи вид контроле рада полиције од стране јавног тужиоца постоји у Швајцарској, где је јавни тужилац истовремено и директор полиције.¹⁵⁰

3.3. ПРЕУРЕЂЕЊЕ ПОЛОЖАЈА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА И ПОЛИЦИЈЕ У ПРАВЦУ ПОВЕЋАЊА ЕФИКАСНОСТИ КРИВИЧНОГ ГОЂЕЊА

Уставни положај јавног тужилаштва, уређен на класичном хијерархијском принципу, из којих извиру принципи деволуције и супституције, под снажним утицајем политичке извршне власти, не одговара савременим правцима реформисања нашег кривичног поступка. Поменућемо само неке правце: реформама кривичног поступка јавни тужилац се учвршћује као руководилац предистражног и претходног кривичног поступка; уместо судског изрицања правде, шири се поље диверзионих форми решавања кривичних ствари у којима јавни тужилац примењује кривичноправне мере

¹⁴⁸ Саша Марковић, „Нова решења у Закону о полицији“, у: *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2016), стр. 348.

¹⁴⁹ Радован Лазих, „Потражне и доказне радње полиције у предистражном поступку“, у: *Јавно тужилаштво и полиција* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2017а), стр. 32.

¹⁵⁰ *Ibidem*, стр. 33. и 34.

према учиниоцима кривичних дела; могућност јавног тужиоца да закључи страначки споразум са окривљеним проширен је на сва, па и најтежа кривична дела.

Положај јавног тужиоца и полиције у фазама извиђања кривичног дела и учиниоца, које претходе судском кривичном поступку, процесним законом је уређен на строгом хијерархијском односу ових органа тако да је у свим ситуацијама јавни тужилац надређени орган полицији. У предистрази, јавни тужилац је руководилац који усмерава активност полиције, а сам одлучује о покретању истраге и спроводи је, па се може рећи да је у овој фази *dominus litis*. Имајући у виду да је вршење њихових функција уређено на чврстом хијерархијском принципу (функционална хијерархија), не може се говорити о сарадњи јавног тужиоца и полиције, јер сарадња подразумева неку колико-толико равноправност, које у овом функционалном односу нема. Тачније би било говорити о надређености и подређености а не о сарадњи. Из тих разлога се остваривање функција ових органа и њихов однос своди на обавезно поступање полиције по издатој заповести. Укратко, сарадња у овом случају има значење да полиција извршава налоге јавног тужиоца.

Однос јавног тужиоца и полиције извире из регулативе функције кривичног гоњења и потражне функције, тј. функције извиђања кривичних дела и учинилаца, а она је садржана претежно у кривичном процесном али и организационом процесном праву. Зато што су одлучујуће за синхронизацију функција јавног тужиоца и полиције, ове гране права треба доградити и осавременити како би се повећала ефикасност кривичног гоњења, која је одлучујућа за ефикасност кривичног поступка у целини.

Потребно је изменити процесна правила тако: да се предупреди расипање ефеката ових органа због евентуалне дивергенције њихових функција; да се рационализује непотребно делегирање овлашћења с једног органа на други; да се осигура извршење обавезујућих налога које јавни тужилац издаје полицији, али на начин да не утиче на редовну проактивну улогу полиције у откривању кривичних дела и учинилаца.

Кад је реч о организационим прописима, у циљу успостављања функционалне хармоније, делотворно би било установити правосудну полицију, која би организационо и функционално била подређена јавном тужилаштву. Сматра се да је добра страна оваквог организационог устројства у томе што би пријем, каријерно напредовање и дисциплинска одговорност полицијских службеника, били у власти јавног тужиоца, што би сигурно допринело ефикасном извршавању свих налога јавног

тужиоца и побољшало успех извиђајне делатности ових органа и ефикасност кривичног гоњења.¹⁵¹

4. ОДЛУЧИВАЊЕ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА О КРИВИЧНОЈ ПРИЈАВИ

4.1. ПРИЈЕМ КРИВИЧНИХ ПРИЈАВА И ПОСТУПАК ПО ПРИЈАВИ

За кривична дела која се гоне по службеној дужности (тзв. официјелна кривична дела), јавни тужилац је једини државни орган који је по закону овлашћен за пријем кривичних пријава. Кривичне пријаве се подносе надлежном јавном тужиоцу (чл. 281. ст. 1), писмено или усмено, или „другим средством“ (на пример, путем савремених електронских средстава као што је смс-порука, имејл и др.). Ако се кривична пријава поднесе усмено, о њој се саставља записник и подносилац се упозорава на последице лажног пријављивања. Међутим, ако пријава буде саопштена телефоном или другим телекомуникацијским средством, сачињава се службена белешка, а ако се пријава поднесе електронском поштом, мора се сачувати на одговарајућем носиоцу података и одштампати.

Може се догодити да кривична пријава буде поднета неком другом државном органу, на пример полицији или суду, или ненадлежном јавном тужиоцу. У том скучају, ненадлежни државни орган коме је пријава поднета има дужност да пријаву прими и да је одмах достави надлежном јавном тужиоцу (чл. 281. ст. 3).

Јавни тужилац има обавезу да узме у разматрање и оцени сваку кривичну пријаву коју је примио. Он узима у обзир саму пријаву и прилоге који се уз њу достављају да би испитао има ли места кривичном гоњењу, тј. да ли пријављено дело уопште представља кривично дело за које се гони по службеној дужности и да ли постоје основи сумње да је то дело извршено. Резултат разматрања кривичне пријаве може бити: (1) одбацивање кривичне пријаве (2) покретање кривичног поступка; и (3) прибављање допунских обавештења.

4.2. ОДБАЦИВАЊЕ КРИВИЧНЕ ПРИЈАВЕ

Пошто испита наводе из кривичне пријаве која му је поднета, јавни тужилац има могућност да одбаци кривичну по два различита основа: (1) кад оцени да нема места кривичном гоњењу ни покретању поступка јер се за то нису стекли услови, тј. по

¹⁵¹ В. Ђурђић, „Јавно тужилаштво и полиција пред изазовима јавнотужилачке истраге“, у: Јавно тужилаштво и полиција (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2017а), стр. 18.

начелу легалитета кривичног гоњења и (2) кад оцени да има места кривичном гоњењу, али су се стекли услови за примену начела опортунитета кривичног гоњења.

4.2.1. Одбацивање кривичне пријаве применом начела легалитета

Према начелу легалитета, јавни тужилац је дужан је да покрене истрагу или подигне оптужбу кад се стекну законом прописане стварне и правне претпоставке. *Argumentum a contrario*, то то значи да ово начело обавезује јавног тужиоца да одбаци кривичну пријаву ако нема материјалноправних или процесноправних претпоставки или кад постоје процесне сметње за покретање кривичног поступка. Сви ти разлози правне природе за одбацивање кривичне пријаве прописани су у процесном законнику, и мимо њих јавни тужилац не може пријаву одбацивати. Према закону, јавни тужилац ће одбацивати кривичну пријаву: ако „пријављено дело није кривично дело за које се гони по службеној дужности“, што значи кад дело уопште није кривично дело или јесте кривично дело али се не гони по службеној дужности; и ако је „наступила застарелост или је дело обухваћено амнестијом или помиловањем или постоје друге околности које трајно искључују гоњење“ (чл. 284 ст. 1 тач.1 и 2). Као друге околности које доводе до одбацивања пријаве могу се навести пресуђена ствар, смрт осумњиченог и слично.

Има мишљења да сви основи који искључују постојање кривичног дела не могу бити разлог за обуставу кривичног поступка, неки могу а други нису за то подобни. Општеприхваћено је да дело малог значаја могу ценити и суд и јавни тужилац, па он може по овом основу и одбацивати кривичну пријаву. Остали основи који искључују постојање кривичног дела, представљају веома сложене правне установе које захтевају доказни поступак, који се може обезбедити једино у кривичном поступку. Мисли се на нужну одбрану, крајњу нужду, неодољиву силу, неодољиву стварну и правну заблуду. Ове основе не може да процењује јавни тужилац приликом одлучивања по кривичној пријави, односно кад треба да закључи да ли има места кривичном гоњењу и покретању кривичног поступка. Због тога ће у највећем броју случајева јавни тужилац покретати кривични поступак „ако се основи сумње односе на дело које је законом предвиђено као кривично дело, независно од тога што се сумња да и у постојање неких околности које искључују постојање кривичног дела“.¹⁵²

Поред правних прописани су и разлози чињеничне природе за одбацивање пријаве. Реч је о недостатку потребног степена сумње за покретање кривичног

¹⁵² Снежана Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 41, 42.

поступка, који је као општи основ за одбацивање кривичне пријаве уведен изменама и допунама процесног законика из 2009. године. У важећем законнику је прописано да ће јавни тужилац одбацивати кривичну пријаву ако «не постоје *основи сумње* да је учињено кривично дело за које се гони по службеној дужности» (чл. 284. ст. 1. тач. 3). Иако је у основи овај чињенични разлог за одбацивање пријаве преузет из ранијег закона, због снижења степена сумње за покретање истраге, тако да је исти степен сумње потребан за покретање предистражног поступка и истраге, његова примена биће компликована и проблематична. Наиме, кад се узме у обзир законска дефиниција основа сумње,¹⁵³ немогуће је замислити да основи сумње постоје на почетку предистражног поступка а да их нема на његовом завршетку, у случајевима кад је полиција поднела кривичну пријаву. Нелогично је да полиција на основу података и информација до којих је оперативним радом дошла, поднесе кривичну пријаву, па да после предузимања радњи трагања за делом и учиниоцем, евентуално и доказних радњи, нестану те «чињенице које посредно указују да је учињено кривично дело» (како се законски означава основ сумње). То је по раније важећим прописима било могуће јер су за покретање преткривичног поступка били потребни основи сумње, а за покретање истраге био потребан виши степен, основана сумња, па кад се на бази спроведеног преткривичног поступка он не постигне, јавни тужилац је одбацивао кривичну пријаву. Зато би сада примена овог разлога могла доћи у обзир само у случајевима кад неко други (грађани, инспекције и сл.) поднесе кривичну пријаву. Међутим, јавни тужилац би претходно морао да изврши претходне провере пријаве применом члана 282. ст. 1. ЗКП-а, па тек потом да одбаци кривичну пријаву. Из реченог следи да се доводи у питање »непостојање основа сумње« као општег основа за одбацивање кривичне пријаве.¹⁵⁴

У важећој законској регулативи одбацивања кривичне пријаве може се уочити још један недостатак. Прописано је да јавни тужилац може одбацивати кривичну пријаву зато што не постоје «основи сумње да је учињено *кривично дело*», али није предвиђено да пријаву може одбацивати кад кривично дело постоји али нема основа сумње да је то кривично дело учинило управо лице које је осумњичено. И поред тога, нема друге него да се у пракси јавни тужилац позива на овај основ, тј. на члан. 284. ст. 1. тач. 1, са не

¹⁵³ "основ сумње је скуп чињеница које посредно указују да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинилац кривичног дела" (чл. 2. ст. 1. тач. 17).

¹⁵⁴ Види: В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 49.

баш уверљивим образложењем да се кривично дело схвата у објективно-субјективном смислу.

Кад је у питању недостатак чињеничног основа, тј. основа сумње, он је применљив за одбацивање кривичне пријаве само кад је у питању кривично дело у објективном смислу. Другим речима, ако нема основа сумње да је дело кривично дело или основа сумње да је неко конкретно лице извршило кривично дело, могуће је одбацивати кривичну пријаву. Насупрот томе, јавни тужилац не може одбацивати кривичну пријаву због недостатка основа сумње у погледу кривице. Сматра се да о кривици може одлучивати само суд у кривичном поступку.¹⁵⁵

Може се запазити да ненадлежност није предвиђена као разлог за одбацивање кривичне пријаве. У случају кад сматра да је ненадлежан да поступа по кривичној пријави, јавни тужилац није овлашћен да је одбаци, већ има обавезу, као и остали државни органи (мисли се на полицију и суд), да кривичну пријаву достави надлежном јавном тужиоцу (чл. 281. ст. 3).

Кад одбаци кривичну пријаву, јавни тужилац је дужан да у року од осам дана обавести оштећеног о одбацивању кривичне пријаве и о разлозима за одбацивање, независно од тога ко је поднео пријаву, оштећени или неко други. У том обавештењу, оштећени мора бити поучен о правима која му по закону припадају због непредузимања кривичног гоњења (51 ст. 1). По пријему обавештења, оштећени може да изјави приговор непосредно вишем јавном тужиоцу, и то у року од осам дана од пријема обавештења, а ако га јавни тужилац не обавести уопште, онда у року од три месеца од дана одбацивања кривичне пријаве. Својим решењем непосредно виши јавни тужилац може да одбије или да усвоји приговор оштећеног. Ако усвоји приговор, у истом трешењу он издаје обавезно упутство нижем јавном тужиоцу да предузме или настави кривично гоњење.

О приговору као правном средству оштећеног којим треба да се заштите његова права, у кривичнопроцесној литератури и међу носиоцима јавнотужилачке функције, нема позитивних мишљења. Критика би се могла свести на став да у пракси приговор оштећеног неће бити делотворан. С правом се примећује да надређени јавни тужилац одлучује о приговору оштећеног, а све време има хијерархијску власт која му омогућава потпуну контролу над радом нижег јавног тужиоца, па и његове активности

¹⁵⁵ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ* (Београд: Завод за издавање уџбеника, 1971), стр. 464; Снежана Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 41-42.

везане за доношења одлуке да не отпочне или настави кривично прогон. Због тога се сматра да је мало вероватно да ће надређени јавни тужилац непристрасно преиспитати одлуке нижег тужиоца у случајевима када би тиме, посредно, признао свој пропуст у вршењу хијерархијског надзора.¹⁵⁶ Регулатива обавезног упутства надређеног тужиоца кад одлучује по приговору оштећеног, није усклађена са прописима о организацији уређења и подзаконским прописима о раду јавног тужилаштва. Закон о јавном тужилаштву уопште не познаје опште обавезно упутство надређеног тужиоца нижег тужиоцу да предузме или настави кривични погон. Ни Правилник о управи у јавним тужилаштвима¹⁵⁷ не регулише ситуацију кад нижи јавни тужилац затражи мишљење вишег тужиоца управо у предмету у коме је одбацио кривичну пријаву, па оштећени изјави приговор вишем тужиоцу, иако је јасно да изјављивање приговора оштећеног истом тужиоцу који је одобрио одлуку против које изјављује приговор, нема никаквог смисла.¹⁵⁸

Кад је у питању положај оштећеног, треба узети у обзир законодавна решења ексјугословенских земаља које су такође прешле на јавнотужилачку истрагу. Сличан положај који има у српском кривичном поступку, оштећени има и према законодавствима Босне и Херцеговине, али се тим поводом у литератури наводи да оштећени у пракси тешко може остварити и минимум законом гарантованих права јер тужиоци често пропуштају да прикупе доказе о имовинскоправном захтеву.¹⁵⁹ Насупрот томе, хрватски законодавац се придружио скупини система савремених држава који жртви осигуравају посебан положај у казненом поступку, независно од права оштећеног.¹⁶⁰ Положај оштећеног и приватног тужиоца уређен је на исти начин као према ранијим прописима кад је истрага била судска.¹⁶¹ То значи да оштећени може супсидијарном тужбом штитити своја права која су му повређена или угрожена кривичним делом и у случајевима кад јавни тужилац уопште не предузме кривично

¹⁵⁶ Г. Илић, Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 162, 163.

¹⁵⁷ Правилник о управи у јавним тужилаштвима Службени гласник РС, бр. 110/2009, 87/2010, 5/2012, 54/2017 и 14/2018

¹⁵⁸ Г. Илић, Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 163.

¹⁵⁹ Божидарка Додик, 'Тужитељска истрага - Искуства Босне и Херцеговине', у: *Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2012), стр. 33.

¹⁶⁰ Tadija Bubalović, „Novi koncept i nova zakonska rešenja u zakonu o kaznenom postupku Hrvatske od 15. 12. 2008. godine“, *Anali Pravnog fakulteta u Zenici*, 3 (2010), str. 19.

¹⁶¹ Ibidem.

гоњење у предистрази или одустане од гоњења и обустави истрагу, а не само у судском кривичном поступку кад јавни тужилац одустане од оптужбе након потврђене оптужнице, као што је решено у српском кривичнопроцесном законодавству.

Поводом одбацивања пријаве, поставља се и питање да ли јавни тужилац треба да одбаци кривичну пријаву кад је пријављено кривично дело које се гони по приватној тужби или да акт достави надлежном суду. Јавни тужилац је дужан да и такву пријаву одбаци, јер се по закону, пријава одбацује кад дело није уопште кривично дело или кад није дело за које се гони по службеној дужности. Мада у овој ситуацији поднету кривичну пријаву сматра приватном тужбом, он не треба да је доставља надлежном суду, јер би тиме јавни тужилац наметну правни пут оштећеном, на шта није овлашћен.¹⁶² И у овом случају јавни тужилац је дужан да поучи оштећеног о праву на приговор вишем јавном тужиоцу. Поводом и након поуке, оштећени има две могућности. Ако се не слаже са тумачењем јавног тужиоца, поднеће приговор непосредно вишем јавном тужиоцу да он одлучи има ли места кривичном гоњењу по службеној дужности. За случај да оштећени прихвати тумачење јавног тужиоца, поднеће приватну тужбу надлежном суду.

Јавни тужилац је дужан да о одбацивању кривичне пријаве обавести и полицију, ако је тај орган поднео пријаву, што зависно од разлога одбацивања кривичне пријаве, служи овом државном органу да евентуално настави или обустави даље трагање за делом и учиниоцем.

Приликом одбацивања кривичне пријаве, јавни тужилац је дужан да својим решењем одлучи о предметима привремено одузетим приликом спровођења потражних и доказних радњи у предистражном поступку (чл. 153. ст. 4).

Са становишта остваривања кривичноправне заштите и циљева кривичног поступка, треба рећи да одлука о одбацивању кривичне пријаве не мора бити дефинитивна одлука јавног тужиоца о тој кривичној пријави. Без обзира што је одбацио кривичну пријаву, јавни тужилац може све до застарелости кривичног гоњења за пријављено дело, накнадно покренути истрагу или подићи оптужбу, ако нова обавештења и докази, заједно са ранијим доказним материјалом, пружају основа за закључак да постоји степен сумње о делу и учиниоцу потребан за покретање кривичног

¹⁶² В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 50, 51.

поступка.¹⁶³ За покретање поступка после одбацивања кривичне пријаве, јавном тужиоцу није потребна судска одлука о дозволи понављања поступка, јер кривичног поступка није ни било.¹⁶⁴

4.2.2. Одбацивање кривичне пријаве применом начела опортунитета

Одбацивање кривичне пријаве по начелу опортунитета кривичног гоњења је други основ по коме јавни тужилац може да одбаци кривичну пријаву. Начело опортунитета кривичног гоњења уведено је Законом о кривичном поступку из 2001. године.¹⁶⁵ Док се по начелу легалитета кривична пријава одбацује јер по закону нема места кривичном гоњењу, по начелу опортунитета пријава се одбацује кад има места кривичном гоњењу али је оно из одређених криминалополитичких разлога нецелисходно. А да ли је целисходно да се у конкретном случају предузме кривично гоњење, стављено је у компетенцију јавног тужиоца да о томе одлучи.

Приликом одлучивања о предузимању кривичног гоњења, јавни тужилац се може руководити начелом опортунитета само кад то закон допушта, тј. у законом предвиђеним случајевима. Са становишта принципа уређења кривичне тужбе, може се рећи да важећи законик предвиђа два¹⁶⁶ случаја у којима је допуштена примена начела опортунитета кривичног гоњења. У кривичнопроцесној теорији се сматра да су то облици опортунитета према врсти кривичног дела,¹⁶⁷ а означавају се као: 1. условно одлагање кривичног гоњења и 2. одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности.

Са увођењем начела опортунитета кривичног гоњења, значајно је ојачао положај јавног тужиоца као органа поступка. Законом предвиђени облици опортунитета кривичног гоњења суштински представљају диверзионе форме решавања кривичних ствари које спроводи јавни тужилац. Пошто се овим диверзионим формама опрашта

¹⁶³ Станко Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), стр. 377; С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 53.

¹⁶⁴ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 51.

¹⁶⁵ Види чл. 236. и 237. Законика о кривичном поступку из 2001. године ("Службени лист СРЈ", бр. 70/2001, 68/2002), који је ступио на снагу 28. 03. 2002. године.

¹⁶⁶ Мисли се само на основне облике опортунитета на којима почива уређење кривичне тужбе (Шкулић, 2014, стр. 61), иначе се у кривичнопроцесној литератури наводи да постоје и други случајеви одступања од начела легалитета, као што је одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности, одобрење за кривично гоњење, уступање гоњења страни држави, опортунитет у поступку екстрадиције, опортунитет у поступку пресуђења на основу страначког споразума и опортунитет у поступку према малолетницима (види нпр. М. Грубач, *Кривично процесно право, Увод и Општи део* (Београд: Службени гласник, 2004), стр. 155-158.

¹⁶⁷ Иван Илић, „Примена начела опортунитета кривичног гоњења у државама бивше Југославије“ у: *Право и друштвена стварност* (Косовска Митровица: Правни факултет, 2014), стр. 450.

кривично гоњење осумњиченог за извршено кривично дело, уз евентуалну примену појединих мера које осумњичени прихвати (код условног одлагања кривичног гоњења), јавни тужилац тиме поприма улогу правосудног органа који коначно одлучује о примени кривичне репресије и примени мера које су по својој природи парапеналне. Због таквог значаја које ове диверзионе форме имају на положај јавног тужиоца у поступку решавања кривичних ствари, о њима ће посебно и свеобухватно бити излагано у посебном одељку дисертације, под називом „Диверзионе форме решавања кривичне ствари у власти јавног тужиоца“.

4.2.3. Могу ли одлуке јавног тужиоца о одбацивању кривичне пријаве стећи правну снагу ?

Кад се ради о одбацивању кривичне пријаве по начелу легалитета (чл. 284. ст. 1), сматра се да та одлука јавног тужиоца не може стећи правну снагу и да не мора бити дефинитивна. И после доношења решења о одбацивању кривичне пријаве, против којег није допуштена жалба, јавни тужилац може, на основу нових доказа и без њих, покренути истрагу или подићи оптужбу против истог лица за исто кривично дело, и то без одлуке суда о дозволи понављања, а то може учинити све до застарелости кривичног гоњења за то кривично дело.¹⁶⁸ Према тумачењу у правосудној пракси, двостепеност у одлучивању и могућа хијерархијска контрола одлуке јавног тужиоца поводом приговора оштећеног, управо „потврђују закључак да је одбацивање кривичне пријаве интерна одлука јавног тужиоца“, која по приговору оштећеног или изузетно након прибављања нових доказа може бити промењена.¹⁶⁹

Насупрот одбацивању пријаве по начелу легалитета, одлука о одбацивању кривичне пријаве по начелу опортунитета, било у облику условног одлагања кривичног гоњења или из разлога правичности, треба да има дијаметрално супротно дејство, али из законских и уставних одредби то не произлази. Укратко, према позитивном праву, правноснажност могу стећи само судске одлуке донете у кривичном поступку, а код примене опортунитета, одлука је јавног тужиоца а не суда, и доноси се у диверзионој форми поступка а не у кривичном поступку. Пошто се положај јавног тужиоца у

¹⁶⁸ Види: С. Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 51; С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 53; стр. 377, и др.

¹⁶⁹ Г. Илић, „Преглед измена и допуна Закона о јавном тужилаштву и нови ЗКП“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца, 2014), стр. 196.

диверзионим формама поступка обрађује у посебној глави дисертације, тим излагањем биће обухваћено и питање ступања на снагу одлуке јавног тужиоца да не предузме кривично гоњење руководећи се начелом опортунитета.

4.3. ПОКРЕТАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Уколико не одбаци кривичну пријаву, непосредно по њеном пријему или након прикупљања допунских обавештења, јавни тужилац је дужан да захтева покретање кривичног поступка ако оцени да су се за то стекли законски услови. Он о прихватању кривичне пријаве не доноси никакву посебну, формалну одлуку, већ одлуку о покретању истраге или подноси одговарајући оптужни акт суду пред којим поступа. Зависно од врсте и тежине кривичног дела и од прикупљених доказа у конкретном случају, јавни тужилац може да донесе наредбу о спровођењу истраге или да подигне непосредну оптужницу. Ако на основу кривичне пријаве нађе да има места кривичном гоњењу, а ради се о кривичним делима за која се води сумарни кривични поступак, јавни тужилац подиже оптужни предлог или оптужни предлог са захтевом за одређивање рочишта за изрицање кривичне санкције (чл. 512), кад жели иницирати ову упрошћену процесну форму решавања кривичних ствари. Ако је пак учинилац малолетан, јавни тужилац у том случају подноси захтев за покретање припремног поступка према малолетницима.

4.4. ПРИБАВЉАЊЕ ДОПУНСКИХ ОБАВЕШТЕЊА

Кад на основу примљене кривичне пријаве и прилога уз њу не може да оцени да ли су вероватни наводи пријаве или ако подаци у пријави не пружају довољно основа да покрене истрагу, јавни тужилац је дужан да предузме потребну активност у циљу прикупљања допунских обавештења. Практично узев, јавни тужилац у таквој ситуацији не може да одлучи ни да кривичну пријаву одбаци нити да покрене истрагу, те је нужно да предузме радње и мере трагања, сам или преко других органа, како би могао да одлучи о кривичној пријави. Тако ће поступити и кад до њега само допре глас (фама) да је извршено кривично дело, а нарочито ако је учинилац непознат.

Допунска обавештења може прикупљати сам јавни тужилац, а може их тражити посредством других органа. Орган коме је упућен захтев јавног тужиоца обавезан је да по њему поступи и не може одбити достављање списа ни давање обавештења. Општа обавеза да пружају помоћ јавном тужиоцу у циљу прикупљања доказа прописана је за државне органе у члану 19 ЗКП, а за друге органе у републичким прописима о јавном

тужилаштву.¹⁷⁰ Захтев јавног тужиоца треба да буде прецизно одређен, да би органу коме је упућен било јасно шта се од њега тражи и које радње и мере треба да предузме. Ако орган не поступи по захтеву јавног тужиоца, одговорно лице у том органу може бити новчано кажњено, а ако ни после тога не поступи по захтеву, поново може бити кажњено истом казном. Казну изриче јавни тужилац одлуком у форми решења, против кога је допуштена жалба, која не одлаже извршење решења. О жалби одлучује судија за претходни поступак.

Осим од државних органа, других органа и правних лица, јавни тужилац може допунска обавештења прикупљати и непосредно од грађана. Јавни тужилац сада има опште овлашћење да сам позива грађане ради прикупљања обавештења (чл. 282 ст 2). Реч је, у ствари, о тзв. информативном разговору који јавни тужилац може да обави под истим условима и по истим правилима прописаним за полицију.

Уколико јавни тужилац није у могућности да сам или посредством других органа прибави потребна обавештења, затражиће да то учини полиција и да предузме друге мере и радње ради откривања кривичног дела и учиниоца, на које је по закону овлашћена. Полиција је дужна да поступи по захтеву јавног тужиоца и да га обавести о мерама и радњама које је предузела, најкасније у року од 30 дана (чл. 282 ст. 5). Јавни тужилац није упућен само на полицију са свог подручја, већ се са захтевом може обратити сваком органу унутрашњих послова независно од своје месне надлежности, а коме ће се обратити, зависи од природе потребних обавештења и мера које треба предузети у конкретном случају. За случај да полиција не поступи по његовом захтеву, јавни тужилац може о томе обавестити старешину, а по потреби надлежног министра или владу, а ако ни тада не поступи по његовом захтеву, може иницирати дисциплински поступак против лица за које сматра да је одговорно за пропуст.

После спроведене активности у циљу прикупљања допунских обавештења, јавни тужилац одлучује о поднетој кривичној пријави. Зависно од резултата те активности, може одбацили кривичну пријаву, кад оцени да нема места кривичном поступку или из разлога целисходности, или покренути истрагу, односно подићи одговарајући оптужни акт.

¹⁷⁰ Види, на пример, члан 8. и 9. Закона о јавном тужилаштву Републике Србије („Сл. гласник РС“, бр. 116/2008, 104/2009 и 101/2010)

IV. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПРЕУРЕЂЕНОМ СТАДИЈУМУ ПРЕТХОДНОГ ПОСТУПКА

Једна од фундаменталних новина у новом кривичном поступку моделираном Законом о кривичном поступку из 2011. године свакако је промена природе истраге. Уместо судске уведена је јавнотужилачка истрага. То је иначе тенденција европско-континенталних законодавстава изражена од осамдесетих година прошлога века,¹⁷¹ која је прошле деценије захватила све ексјугословенске земље.¹⁷² Иако је у новом моделу задржан двофазни стадијум претходног поступка, кога чине фаза истраге и фаза оптужења, процесни положај јавног тужиоца значајно је измењен.

Пре свега, радикално му је измењена улога у истрази, уместо да буде странка у судској истрази, сада је јавни тужилац орган поступка који одлучује о покретању и који спроводи ову фазу поступка. У самој истрази извршене су промене регулативе о покретању истраге и неке промене у одредбама о самом спровођењу истраге, што се нужно одразило на положај ЈТ у овој фази. Међутим, и неке одредбе које су преузете из старог процесног законика сада, доводе до суштинских промена у положају јавног тужиоца иако су остале неизмењене, као што су одредбе о сврси истраге, које одређују њен обим, одредбе о спровођењу доказних радњи и доказној снази резултата доказних радњи.

У фази оптужења значајне су промене о подизању непосредне оптужнице, а остале одредбе иако су остале непромењене, мењају позицију јавног тужиоца јер је сада истрага јавнотужилачка. Са становишта положаја јавног тужиоца, у фази оптужења најзначајније је како се јавни тужилац из улоге органа поступка трансформише у странку, и то од момента подизања оптужбе у „равноправну“ странку.

Управо на овако постављеном проблему истраживања конципирана је структура излагања о положају јавног тужиоца у претходном поступку, као одељка докторске дисертације.

¹⁷¹ Судска истрага укинута је у Немачкој 1974, у Италији 1989, у Аустрији 2008. године (Vidi: Zlata Đurđević, „Glavna obilježja tužiteljske istrage prema hrvatskom ZKP od 2008. do 2013. godine“, у: *Tužilačka istraga - regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji, 2014), str. 60.

¹⁷² У Босни и Херцеговини уведена је тужилачка истрага 2003. године у сва четири процесна закона (ЗКП Републике Српске – „Сл. гласник РС“ бр. 50/03; ЗКП БиХ „Сл. гласник БиХ“ бр. 3/03; ЗКП Федерације БиХ „Службене новине Федерације БиХ“ бр. 35/03); ЗКП Брчко дистрикта – Службени гласник Брчко дистрикта бр. 10/03); у Хрватској је уведена 2008. (Народне новине бр. 152/08 и 76/09 – прочишћени текст), у Црној Гори 2009. („Службени лист ЦГ“ бр. 57/09), у Македонији 2010 („Службен весник на РМ“, број 150/2010).

1. ЈАВНОТУЖИЛАЧКА ИСТРАГА УМЕСТО СУДСКЕ

1.1. PRO ET CONTRA ЈАВНОТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ

Истрага је посебно значајна фаза кривичног поступка јер резултати истраге опредељују даљу судбину кривичног поступка, али у доброј мери и сам његов исход. Овако велики значај повезан са комплексношћу и мултидисциплинарношћу истраге „сасвим оправданом чине идеју да истрага буде не само посебно поље научног истраживања, већ и посебна научна дисциплина“.¹⁷³

Природа истраге мењала се кроз историјски развој, а типови истраге настајали су под утицајем правних и различитих ванправних фактора.¹⁷⁴ Каква ће природа истраге бити, пре свега зависи од тога ком је органу или субјекту поверена, да ли је уређена као формална фаза кривичног поступка и шта је законом постављено као њена сврха.¹⁷⁵ У литератури се за класификацију типова истраге као критеријум најчшће узима орган, односно субјект у чијој је компетенцији истрага. Према субјекту, у упоредном праву се јављају три модела истраге: (а) полицијска, (б) тужилачка и (3) судска.¹⁷⁶ Полицијска истрага постоји у Финској¹⁷⁷, у појединим скандинавским земљама (као што су Данска и Шведска), а типична је за земље изворног *common law* (Енглеска)¹⁷⁸. У европско континенталним законодавствима, за које је карактеристичан мешовити тип кривичног поступка, доминирајући је јавнотужилачки модел истраге. У Немачкој је тужилачка истрага уведена још далеке 1974. године,¹⁷⁹ а у Аустрији¹⁸⁰ тек Законом о реформи кривичног поступка из 2004. године. Од ексјугословенских земаља све су увеле

¹⁷³ Татјана Бугарски, „Истрага и подизање оптужнице“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитете* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 127.

¹⁷⁴ За упоредноправни приказ значајни су следећи типични састојци истраге: 1) субјекти и односи, 2) унитарност или плуралитет поступања, 3) структура радњи, 4) одлике уређења и 5) посебне одлике (Berislav Pavišić, „Europski sustavi kaznene istrage na početku trećeg milenijuma“, у: *Зборник на Правниот факултет во Скопје / Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu* (Скопје/Забрег: Правен факултет Скопје / Правни факултет Забрег, 2007), стр. 330, 331.

¹⁷⁵ Vojislav Đurđić, „Pokretanje i kontrola javnotužilačke istrage (sa posebnim osvrtom na krivični postupak u Srbiji)“, у: *Tužilačka istraga* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2014), стр. 139.

¹⁷⁶ Опширније о природи истраге, види: Војислав Ђурђић, *Компаративноправна решења о претходном кривичном поступку и њихова имплементација у српско кривичнопроцесно законодавство*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр. 1/2009, стр. 39-62.

¹⁷⁷ Полицијска истрага уређена је Законом о претпретресној истрази (Pre-Trial Investigation Act – 1987/449) и Законом о средствима принуде (Coercive Means Act – 1987/450). Опширније: Matti Joutsen, Raimo Lahti and Pölönen Pasi, *Criminal Justice Systems in Europe and North America – Finland* (Helsinki: 2001), pp. 12-17.

¹⁷⁸ Надлежност полиције да открива и истражује кривичних дела регулисана је Законом о полицији и доказима у кривичним стварима из 1984. године (*The Police and Criminal Evidence Act*).

¹⁷⁹ L. Meyer-Gossner, *Strafprozessordnung, 46 Auflage* (München: 2003), стр. 276.

¹⁸⁰ http://www.eurojustice.org/member_states/austria

тужилачку истрагу, изузев Словеније: тужилачка истрага прво је уведена у Босни и Херцеговини 2003. године,¹⁸¹ затим у Хрватској 2008. године,¹⁸² па у Црној Гори 2009,¹⁸³ у Македонији 2010. године,¹⁸⁴ а напослетку у Србији 2011. године.¹⁸⁵ Судску истрагу је и након извршене реформе кривичног поступка задржала Француска, а од ексјугословенских земаља, као што је већ речено, Словенија.¹⁸⁶

У Србији је поводом последње реформе српског кривичног процесног законодавства, међу теоретичарима и стручњацима из праксе, било и присталица и противника увођења јавнотужилачке истраге. Навешћемо аргументе који су коришћени у прилог увођења јавнотужилачке истраге и аргументе против, који су једновремено и разлози у прилог судске истраге.

Разлози оправданости напуштања судског и преласка на тужилачки концепт истраге су бројни, међу којима се као посебно значајни наводе следећи: 1) са увођењем јавнотужилачке истраге ствара се нормативна основа за ефикаснији кривични поступак; 2) постиже се већи степен активности јавног тужиоца, јер је у судској истрази јавни тужилац био у приличној мери пасиван; 3) на адекватнији начин се регулише одговорност за нефикасност истраге, док се у судској истрази одговорност пребацивала са полиције на јавног тужиоца, а од њега на истражног судију, и обрнуто; 4) са увођењем тужилачке истраге усаглашава се национално законодавство са савременим токовима компаративног кривичног процесног законодавства и међународним кривичним правом, јер је тужилачки, односно тужилачко - полицијски модел истраге доминантан у упоредном праву; 5) судску истрагу одликује кабинетски рад истражног судије, а истражни судија у не малом броју случајева само прихвата доказе прикуљене од стране полиције у преткривичном поступку; 6) смањују се могућности непотребно понављања доказа, пошто се у тужилачком моделу истраге избегава непотребно понављање извођења доказа у предистрази, истражном поступку и на главном претресу што је одликовало судску истрагу; 7) по својој правној природи, истрага није судска већ

¹⁸¹ Види: Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине („Службени гласник БиХ“ бр. 3/2003); закон о кривичном поступку Федерације БиХ („Службене новине Федерације БиХ“ бр. 35/2003); Закон о кривичном поступку Републике Српске („Службени гласник РС“ бр. 50/2003); Закон о кривичном поступку Брчко дистрикта БиХ („Службени гласник Брчко дистрикта БиХ“ бр. 10/2003).

¹⁸² Закон о казненом поступку Хрватске („Народне новине Републике Хрватске“ бр. 152/08).

¹⁸³ Законик о кривичном поступку Црне Горе ("Службени лист ЦГ", бр. 57/2009).

¹⁸⁴ Закон за кривичната постапка на Република Македонија („Службен весник на РМ“ бр. 150/2010).

¹⁸⁵ Законик о кривичном поступку Републике Србије („Службени гласник РС“ бр. 72/2011).

¹⁸⁶ Види чл. 167-191 ЗКП Словеније (Закон о казненем поступку, Урадни лист РС шт. 32/2007).

тужилачко-полицијска делатност; 8) допринос потпунијој реализацији основних начела кривичног процесног права, пре свега начела непосредности на главном претресу.¹⁸⁷

Присталице судске истраге су први законски предлог за увођење јавнотужилачке истраге окарактерисали као „упорно и тврдоглаво“ залагање које је „ствар модног тренда, а не довољно промишљене иницијативе“.¹⁸⁸ Професор Лазин, најдоследнији заговорник судске истраге, као одговор поборницима јавнотужилачке истраге наводи следеће аргументе: 1) увођење јавнотужилачке истраге није међународна обавеза, јер не постоји ниједан међународни документ којим би обавезивао нашу земљу да уведе одређени тип истраге; 2) уз констатацију да је увођење јавнотужилачког модела истраге светски тренд, што је тачно, наводи се да томе приступа и Француска као колевка судске истраге, што се не може прихватити јер истрагу и даље спроводи истражни судија, који одлучује о томе да ли постоји кривично дело, само се уз њега у истрагу уводи још и посебан судија који одлучује о ограничењима људских права у истрази (о притвору, претресању стана, одузимање предмета); 3) неспремност праксе да прихвати две суштинске промене које ће настати увођењем јавнотужилачке истраге – померање доказног поступка на главни претрес и поделу истраге на два дела, на прикупљање доказа, које би вршио јавни тужилац, и одлучивање о слободама и правима грађана, које би остало у компетенцији суда; 4) самосталност, односно независност тужилаштва представља „кључни и најважнији преуслов за прихватање тужилачког модела истраге“, којег „ако нема или га нема у довољној мери“, увођење јавнотужилачке истраге „мора се сматрати преурањеним“; 5) спорост судске истраге је јак аргумент који би сам за себе био довољан за промену природе истраге ако би био тачан, али нико није спровео научно истраживање којим би се потврдила спорост истраге; 6) научним истраживањем такође није утврђено да је јавнотужилачка истрага бржа; 7) кабинетски рад истражног судије није концепцијска слабост судске истраге већ слабост праксе у конкретним случајевима; 8) аргумент да полиција има важну улогу и у судској истрази губи из вида да није исто имати важну улогу у нечему и одлучивати о нечему; 9) и код аргумента да судски модел истраге пасивизира рад јавног тужиоца у истрази, није реч о концепцијској слабости већ о слабости у конкретном поступању; 10) поводом критике о

¹⁸⁷ Опширније о овим разлозима за увођење истраге, види: Станко Бејатовић, „Концепт истраге и нови ЗКП РС“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2013), стр. 135-137.

¹⁸⁸ Ђорђе Лазин, „Судска истрага - Дилеме и проблеми“, у: *Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси* (Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања Београ, 2006), стр. 73-90.

непотребном понављању доказа у истрази па на главном претресу, констатује се да је тужилачки модел тежи по сведоке и вештаке, јер „обавезно води њиховом двоструком саслушању, док код судске истраге саслушање на главном претресу може и да изостане“; 11) главна слабост тужилачке истраге је опасност од злоупотреба; 12) кључна предност судске истраге лежи у њеној објективности; 13) стручне и материјалне поправке кадровског потенцијала полиције ту не помажу јер је њихов апстрактни положај такав да не обезбеђује довољну објективност у проценама, као што је има суд; 14) дуплирање посла (истрага и главни претрес) није недостатак него предност судске истраге, јер представља дуплирање „контроле“ оправданости вођења поступка према окривљеном; 15) неприхватљив је аргумент да правна природа истраге није судска, јер нема једне јединствене правне природе истраге него их је више, и све су легитимне, и зависе од усвојено општег типа кривичног поступка (у оптужном типу истрага је тужилачка, у инквизиционом је судска, а у мешовитом може бити и једне и друге природе); 16) у судској истрази се са потискивањем главног претреса и рачуна, и то није штетно ни за странке ни за поступак; 17) нејасно је како судска истрага може пејудиирати пресуду, кад суд на главном претресу није везан резултатима истраге и може одбити оптужбу; 18) није јасно како судска истрага негативно утиче на сведоке, пошто и кад је реч јавнотужилачкој истрази они после саслушања у истрази морају бити поново саслушани на главном претресу; 19) и одлука суда временски је удаљена од догађаја код тужилачке као и код судске истраге, а колико је брза свака од њих није доказано; 20) судска истрага као најбољи део инквизиторског типа кривичног поступка представља најмањи ризик за окривљеног да ће неосновано бити изведен на главни претрес, што тужилачка истрага, по дефиницији, не може да гарантује у истој мери; 21) одступања иод начела непосредности кад је истрага судска нису штетна већ корисна јер представљају изузетак и убрзавају поступак.¹⁸⁹

У вези са пројекцијом увођења јавнотужилачке истраге, на општем и концепцијском плану, реформу претходног поступка, са аспекта гарантивних функција кривичне процедуре и са аспекта њезиног „сидрења“ у постулате правне државе, треба спровести кроз три главна питања: (1) поделу процесних функција оптужбе, одбране и вођења поступка на различите субјекте, (2) диференцијацију и интеграцију разноврсних делатности у претходном поступку и (3) регулисање правне

¹⁸⁹ Опширније: Ђ. Лазин, „Судска истрага - Дилеме и проблеми“, у: Ново кривично законодавство: Дилеме и проблеми у теорији и пракси (Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања Београ, 2006), стр. 80-90.

употребљивости резултата претходног поступка као доказа у судском поступку (питање тзв. доказних забрана).¹⁹⁰

У којој мери су наведени аргументи за и против остварени променом природе истраге у српском кривичном поступку и колико су квалитетно решена наведена главна питања једна такве реформе, зависи од нормативне валидности нових процесних правила и схватања у правосудној пракси, која је оптерећена старим схватањима о улози процесних субјеката у новом моделу кривичног поступка. Пошто у новом законском уређењу тужилачке истраге и њеном прилагођавању адверзијалном поступку, има доста експерименталних решења, па и оних непознатих у упоредном праву, остаје да се види хоће ли се и овога пута потврдити констатација разочараних присташа великих реформи да је „историја велике реформе казненог поступка до данас историја њезиних промашаја“.¹⁹¹

Сва та комплексност оцене нове природе истраге биће предмет наше пажње, али кроз призму процесног положаја јавног тужиоца, у истрази и консеквентно у другим фазама поступка, условљених том променом.

1.2. ПОКРЕТАЊЕ ИСТРАГЕ

Законско уређење покретања истраге значајно је измењено у односу на раније важеће прописе, у циљу прилагођавања њеној новој тужилачкој природи, а има и таквих промена које су извршене из сасвим других разлога које такође битно утичу на положај јавног тужиоца и ефикасно вршење функције кривичног гоњења. Осим измене органа који одлучује о покретању истраге, што се логично и очекивало, за положај јавног тужиоца значајне су измене које се односе на законске услове за покретање истраге, форму одлуке којом се истрага покреће, право жалбе на ту одлуку и индивидуализацију лица против кога се покреће истрага.

1. Материјални услов за покретање истраге двојако је одређен и зависи од тога да ли се истрага покреће против познатог осумњиченог или непознатог учиниоца. Кад је осумњичени познат, материјални услов је да постоје „основи сумње“ да је одређено лице учинило конкретно кривично дело, то значи да је овај услов везан и за дело и за учиниоца (чл. 295. ст. 1. тач. 1). Материјални услов се везује само за кривично дело кад

¹⁹⁰ Davor Krapac, „Reforma mješovitog kaznenog postupka: potpuna zamjena procesnog modela ili preinaka prethodnog postupka u stranački oblikovano postupanje“, *Зборник на трудовиот на Правниот факултет во Скопје / Zbornik radova Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 2007, str. 185.

¹⁹¹ Peter Riess, *Prolegomena zu einer Gesamtreform de Strafverfahrensrecht* (Berlin: W. de Gruyter Berlin, 1980), str. 155;

је учинилац непознат и у том случају јавни тужилац може покренути истрагу ако постоје „основи сумње да је учињено кривично дело“ (чл. 295. ст. 1. тач. 2).

Одмах се може приметити да је за покретање јавнотужилачке истраге потребан нижи степен сумње него што је био за покретање судске истраге. И друго, изједначен је степен сумње за покретање предистражног поступка и фазе истраге. Управо је то основни разлог што се критикује овако низак степен сумње као услов за покретање истраге. Сматра се да нема аргумената за једно овакво законско решење ако се има у виду природа предистражног и истражног поступка, њихов задатак, тј. сврха, карактер радњи које се у њима предузимају и субјекти овлашћени на њихово предузимање.¹⁹² Суштински је погрешан начин уређења тако да се и предистражни поступак и истрага воде када постоји исти, релативно низак степен сумње – основи сумње, како против познатог осумњиченог тако и против непознатог учиниоца.¹⁹³ Једнакост материјалног услова за две сукцесивне фазе „ствара латентно поље за арбитрерно кривично гоњење, уместо услова за примену начела легалитета.“¹⁹⁴ И на концепцијском плану овакво решење се може критиковати, „јер сваки рационалан поступак, од једног до другог стадијума треба да оствари одређени прогрес расветљења степена вероватноће“ о делу и учиниоцу.¹⁹⁵

Пошто је изједначен материјални услов за предистрагу и саму истрагу, на практичном плану више није јасно када ће јавни тужилац бити у обавези да покрене истрагу, ако се ради о тежим официјелним кривичним делима за која важи начело легалитета кривичног гоњења. Овај проблем законодавац је изгледа покушао да реши на посредан начин, и то двојачко: одређивањем рока за покретање истраге после прве доказне радње у предистражном поступку и одредбама о обавези достављања наредне о спровођењу истраге.

Најпре, прописано је да се наредба о спровођењу истраге доноси „пре или непосредно после прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а 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). Међутим,

¹⁹² Станко Бејатовић, „Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, *Архив за правна и друштвена истраживања*, 1-2 (2010), стр. 99.

¹⁹³ Милан Шкулић, „Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку Србије“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 2 (2010), стр. 64

¹⁹⁴ В. Ђурђић, „Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)“, у: *Тужилачка истрага* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2014а), стр. 144.

¹⁹⁵ Гордан Калајџијев, „Позначајни концепциски разлики во реформата на истрагата во Хрватска и во Македонија“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2 (2011), стр. 474.

сматра се да су и фактички и максимални рок инструктивног карактера,¹⁹⁶ те да полиција не може „присилити“ јавног тужиоца да покрене истрагу, као што наводе неки аутори,¹⁹⁷ већ да и у тој процесној ситуацији јавни тужилац има власт одлучивања о поднетој кривичној пријави.¹⁹⁸

Поред одредбе којом је неспретно формулисан рок за доношење наредбе после прве доказне радње у предистрази, обавезујући карактер би могла имати и одредба којом је прописано да се наредба о спровођењу истраге доставља осумњиченом и његовом браниоцу, заједно са позивом односно обавештењем о првој доказној радњи којој могу присуствовати“ (чл. 297. ст. 1), што би фактички обавезивало јавног тужиоца да донесе наредбу о спровођењу истраге ако има намеру да предузме доказну радњу. Међутим, нема законских забрана да доказне радње, сам или преко полиције, јавни тужилац обави и у предистрази (изузев оних које закон не допушта) па му наредба није ни потребна, а може и тактизитирати којим редоследом да предузима доказне радње, па осумњиченог оставити у неизвесности.

И поред напред изнете критике која се с правом упућује законодавцу због ниског степена сумње за покретање истраге, па самим тим и покретања формалног кривичног поступка, и због непрописивања када је јавни тужилац обавезан да покрене истрагу, положај јавног тужиоца мора се анализирати у светлу ових важећих прописа. Најпре треба констатовати да је снижавањем материјалног услова на основе сумње, јавном тужиоцу олакшано доношење одлуке о покретању истраге и проширено поље у коме легално може покренути истрагу. Пошто суд не оцењује испуњеност услова за покретање истраге (чак и у кривичним поступцима код којих је потребна основана сумња за отварање истраге), „по критеријумима тужиоца не мора да постоји никаква разлика између основа и основане сумње“.¹⁹⁹ Сада је препуштено јавном тужиоцу да по сопственом нахођењу одлучује до ког момента ће тећи предистражни поступак, под његовим руководством, а у ком моменту ће покренути истрагу. Ову оцену не угрожава ни посредно обавезивање јавног тужиоца на покретање истраге, одређивањем рока после прве доказне радње за покретање истраге, односно момента за достављање

¹⁹⁶ М. Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије* (Београд: Правни факултет, 2013), стр. 94.

¹⁹⁷ Вид. Г. Илић, „Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у“ (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 164.

¹⁹⁸ Види: Снежана Бркић, „Новине у регулисању скраћеног поступка у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник Правног факултета у Ново Саду*, 2 (2013), стр. 89.

¹⁹⁹ Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе* (Тиват: 2010), стр. 660.

наредбе о покренутој истрази, јер нема никаквих прописаних процесних последица ако те законске „инструкције“ јавни тужилац не испоштује. Једино се може покренути механизам унутрашње контроле у оквиру јавнотужилачке организације (о чему ће касније више бити речи у излагању о положају оштећеног). Овако комотан положај јавног тужиоца има и своју негативну страну. Због ниског степена сумње јавни тужилац сноси ризик да покрене истрагу па да се након њеног спровођења покаже да је то било неоправдано, што има штетне последице и по осумњиченог и по јавног тужиоца. Штета по осумњиченог је у томе што може бити ограничен у својим правима, а не може отклонити штету, пре свега моралну, која му је нанета обелодањивањем сумње да се против њега води кривични поступак (пошто по закону кривични поступак започиње покретањем истраге), а штета по јавног тужиоца настаје јер ће се неуспешност истраге негативно одразити на вредновање рада јавног тужиоца.

Због напред изнете критике материјалног услова за покретање истраге, треба размислити како превазићи недостатке у концепцији покретања истраге. Приликом евентуалног новелирања кодекса, решење треба тражити зависно од модела јавнотужилачке истраге на коме ће се инсистирати. Ако истраживање кривичног дела и учиниоца остане двофазно, тј. ако и даље остане и фаза предистраге и фаза истраге, онда у чл. 295. ст. 1. ЗКП уместо „основа сумње“ као материјални услов треба предвидети виши степен сумње, „основану сумњу“.²⁰⁰ У солуцији да се двофазна истрага замени монофазном неформалном истрагом, потребан је један, најнижи степен сумње, мада има законодавстава која за претходна истраживања не прописују никакав степен сумње, већ само за подизање оптужбе.²⁰¹

2. Истрага се покреће одлуком надлежног јавног тужиоца у форми наредбе (чл. 296. ст. 1). Наредба се доноси и кад се истрага покреће против непознатог учиниоца!? Обавезни елементи наредбе о спровођењу истраге су: 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. Наредбу о покретању истраге јавни тужилац није дужан одмах да достави осумњиченом, а није изричито прописан ни рок у коме је дужан да то учини. Тек кад одлучи да спроведе доказну радњу којој имају право да присуствују осумњичени и његов бранилац, јавни тужилац

²⁰⁰ Виши степен сумње за покретање истраге предвиђен је у законодавствима која познају двофазну истрагу. Види чл. 274. ст. ЗКП Црне Горе и чл. 213. ст. 1. ЗКП Хрватске.

²⁰¹ Тако је је на пример у намачком кривичнопроцесном законодавству (види одредбе о припреми оптужнице (§ 158-177 StPO), а за степен сумње потребан за доношење одлуке о отварању главног претреса, што одговара потврђивању оптужнице у нашем поступку, види § 203. StPO).

доставља ову наредбу уз позив за присуство тој доказној радњи. У том моменту, истовремено са достављањем наредбе, обавештава оштећеног о покренутој истрази и поучава га о његовим правима (чл. 296. ст. 3). Пошто је форма ове одлуке наредба, против ње није допуштена жалба.

Законско уређење покретања јавнотужилачке истраге суштински се разликује од раније регулативе. Већина законских новина произашла је из веома особеног схватања суштине јавнотужилачке истраге, њене природе и одлика, од стране аутора законског текста. До таквог закључка се долази кад се упореди покретање тужилачке истраге у упоредном праву, пошто у законодавствима других држава нема таквих законских решења као што су у нашем праву. Дobar део нових процесних правила о покретању истраге критикован је, пре свега од теоретичара, па ћемо их размотрити узимајући у обзир, пре свега, какав утицај имају на положај јавног тужиоца у кривичном поступку. Са тог становишта пажњу привлаче питања доношења одлуке о покретању истраге, тј. формалног покретања истраге, затим, исправност идеје да се истрага води и против непознатог учиниоца, а посебно одсуство судске и било које спољашње контроле покретања истраге, нарочито са аспекта уставности тих законских одредби и међународних правних стандарда, као и покретање истраге на основу обавезног упутства вишег јавног тужиоца.

Прво питање које се може поставити је чему уопште доношење било које формалне одлуке да се истрага спроведе, ако против те одлуке жалба није дозвољена.²⁰² Критика је још више оправдана ако се има у виду да се сада истрага покреће и против непознатог учиниоца, па се не види смисао доношења формалне одлуке о покретању истраге кад се нема коме доставити! Изгледа логичније да се истрага покреће првом истражном радњом, пошто је и за покретање предистражног поступка и за покретање истраге прописан исти, најнижи степен сумње, а обе фазе могуће су и против непознатог учиниоца. Међутим, очито је узакондавац имао у виду неке друге разлоге да уведе наредбу као формалну одлуку којом се истрага покреће.

Одговор на питање шта је *ratio legis* прописивања да се јавнотужилачка истрага покреће формалном одлуком може се назрети из одредаба о почетку кривичног поступка, којих раније није било нити је уобичајено у упоредном праву да се законом одређује почетак кривичног поступка јер се то сматра теоријским проблемом. Тиме што је прописано да кривични поступак почиње доношењем наредбе о спровођењу истраге

²⁰² Милан Шкулић, „Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку Србије“, *Ревија за криминологију и кривично право*, 2 (2010), стр. 65.

(чл. 7. ст. 1. тач. 1), очита је замисао законодавца да одреди границе формалног кривичног поступка и да јавнотужилачку истрагу уреди као формалну фазу кривичног поступка, на начин као да је судска. То може бити разлог којим се правда законско решење да истрага започиње формалном одлуком јавног тужиоца. На овај разлог се надовезује и настојање законодавца да у тако замишљеној формалној истрази омогући јавном тужиоцу да предузима формалне доказне радње. Наиме, формалним процесним радњама логично претходи одлука да је започео формални кривични поступак, па зато законодавац достављање наредбе о спровођењу истраге везује за време непосредно пре предузимања прве доказне радње којој осумњичени и његов бранилац имају право да присуствују. То значи да јавни тужилац доноси наредбу о спровођењу истраге да би могао да предузима одређене доказне радње, мисли се на саслушање осумњиченог у истрази, испитивање сведока и вештака или на спровођење увиђаја.

Имајући наведено у виду, са становишта положаја јавног тужиоца, може се закључити да је улога јавног тужиоца постала значајнија јер је у његовој власти сада да одлучује о покретању формалног кривичног поступка, по законској норми чак поступка у ужем смислу, уместо да то од суда захтева, како је било док је истрага била судска.

Могућност покретања истраге и против непознатог учиниоца је следеће спорно законско решење, које је, кад је реч о новом уређењу истраге, заједно са снижавањем степена сумње потребног за спровођење истраге, највише критиковано у кривичнопроцесној теорији.²⁰³ Пошто се предистражни поступак води кад постоје основи сумње и по правилу (у најранијим етапама сазнања) када је учинилац непознат, а осавна сврха му је откривање учиниоца, сасвим разумно је поставити питање која је онда сврха омогућавања да се истрага такође води против непознатог учиниоца.²⁰⁴ Ово ново законско решење није у складу ни са кривичнопроцесним ни са криминалистичким стандардима који су традиционално важили, пошто је до сада тако нешто било незамисливо: свака фаза кривичног поступка могла се водити само против

²⁰³ Види: Станко Бејатовић, „Концепт истраге и нови ЗКП РС2, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2013), стр. 141; (С. Бркић 2016), стр. 83; Милан Шкулић, „Критички осврт на Нацрт Законика о кривичном поступку Србије“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2 (2010а), стр. 76 и 77; Војислав Ђурђић, „Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)“, у: *Тужилачка истрага* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2014а), стр. 144.

²⁰⁴ М. Шкулић, „Критички осврт на Нацрт Законика о кривичном поступку Србије“, *Архив за правне и друштвене науке*, 1-2 (2010а), стр. 77.

познатог учиниоца (окривљеног), а посао на откривању дела и учинилаца је традиционални задатак полицијских органа у преткривичном поступку.²⁰⁵

Осим концепцијске недоследности, критика законском решењу може се упутити и са становишта правичности поступка: „Основни постулати правде уопште, али и правичности судског поступка, налажу постојање права супротстављених кривичнопроцесних странака да буду присутне радњама које се спроводе у поступку одлучивања о основаности кривичне тужбе. Странке у кривичном поступку морају бити у позицији да се изјасне о кривичном догађају који је иницирао покретање механизма судског одлучивања, али и да се изјасне о ставовима супротне странке (*audiatur et altera pars*).“²⁰⁶ Ниједан од ових фундаменталних захтева правичности није задовољен, јер учинилац уопште и не зна да се против њега води кривични поступак. На крају, са аспекта кохерентности кривичноправног система, с разлогом је изложено критици и зато што оно „не само да нема оправдања, већ је и у директној супротности и са не малим бројем општеприхваћених решења у кривичном материјалном и процесном законодавству.“²⁰⁷

Како је фаза истраге по самом закону саставни део кривичног поступка, вођење истраге против непознатог извршиоца представља суђење у одсуству, само у раној фази формалног кривичног поступка, те би га требало посматрати са становишта европских правних стандарда о кривичном поступку. Према ставу Европског суда за људска права окривљени у кривичном поступку мора да присуствује суђењу,²⁰⁸ али како суђење у одсуству није изричито забрањено Европском конвенцијом, оно може бити допуштено у одређеним изузетним околностима: ако су судске власти поступале с потребном ревношћу а ипак нису успеле да обавесте лице о самом суђењу,²⁰⁹ ако је то у интересу правде у неким случајевима болести окривљеног,²¹⁰ ако се странка одрекла да присуствује суђењу под условом да је то одрицање неопозиво и ако је „пропраћено

²⁰⁵ С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 564.

²⁰⁶ Саша Кнежевић, „Међународни стандарди независности судства и доступност правде“, у: *Међународни стандарди о независности судства и самосталности тужилаштва* (Београд: Удружење за међународно кривично право, 2016), стр. 178.

²⁰⁷ Станко Бејатовић, „Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард (Поглавље 23 и кривичнопроцесно законодавство Србије - норма, пракса и мере унапређења)“, у: *Европске интеграције и казно законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), 336.

²⁰⁸ Случај *Ekbatali v. Sweden*, одлука ЕСЈП, од 26. маја 1988, став 25.

²⁰⁹ Случај *Colozza v. Italy*, одлука ЕСЈП од 22. јануара 1985.

²¹⁰ Случај *Ensslin and Others v. the Federal Republic of Germany*, 14 DR64.

минималним јемствима која су примерена његовој важности“.²¹¹ Да ли истрага против непознатог учиниоца задовољава ове критеријуме, зависи од тога да ли су у време њеног вођења а нарочито после кад се поступак настави против познатог учиниоца, осигурана јемства да поступак у целини узев буде правичан.²¹² С тим у вези, најпре треба констатовати да се сви докази па и искази сведока и вештака које је испитао јавни тужилац у истрази покренутој против непознатог учиниоца, могу по чл. 406 ЗКП директно користити на главном претресу, а после упознавања суда и окривљеног са њима, суд их може употребити као чињеничну основу пресуде. Кад су ти докази извођени у истрази, њима није могао присуствовати осумњичени јер је непознат, па логично ни његов бранилац, јер законом није предвиђена обавезна стручна одбрана кад се истрага води против непознатог учиниоца, као што је у истој ситуацији, из разлога правичности поступка, прописано кад се окривљеном суди у одсуству у каснијим фазама поступка, тј. на главном претресу у судском кривичном поступку. То значи да у истрази нису задовољена два основна стандарда права на правично суђење: да је осумњичени присутан у кривичном поступку који се води против њега и друго, да има право да се сам брани и уз помоћ браниоца. Ни касније нису осигурана јемства која би поступак учинила правичним: пошто се искази сведока и вештака чијем испитивању није присуствовао ни окривљени ни његов бранилац, могу без икаквих сметњи користити на главном претресу, тиме је угрожено право окривљеног на „једнакост оружја“²¹³ и право да испита или постигне да се испитају сведоци, без чега не може бити права на правично суђење.

Оваквом регулативом омогућена је јавном тужиоцу слобода да по сопственом нахођењу и према околностима конкретног случаја одлучи да ли ће против непознатог учиниоца покренути истрагу или за њим трагати у предистрази. У крајњем, проблем се своди на питање да ли јавни тужилац процењује да ће лакше и сигурније открити учиниоца предузимањем доказних радњи у покренутој истрази или потражним радњама у предистражном поступку. За спровођење доказних радњи јавном тужиоцу је потребно да прибави сагласност, коју ће по правилу добити ако постоји опасност од одлагања. На тај начин јавни тужилац сам изводи доказе, па му је „терет доказивања“

²¹¹ Случај *Poitrimol v. France*, одлука ЕСЉП од 23. новембра 1993, став 31.

²¹² Војислав Ђурђић, „Право на правично суђење у кривичном процесном законодавству Србије“, у: *Криминал, државна реакција и хармонизација са европским стандардима* (Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 2013а), стр. 103.

²¹³ Опширније о „једнакости оружја“ види: Саша Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права* (Ниш: Студентски културни центар Ниш, 2012), стр. 232, 233.

значајно олакшан, што може бити мотив јавним тужиоцима да се одреде за покретање истраге против непознатих учинилаца.

Мада постоје широке могућности за покретање истраге против непознатог учиниоца, без нарочитих законских препрека, правосудна пракса показује скептичан приступ. Јавни тужиоци у пракси не користе често законску могућност да воде истрагу против непознатог учиниоца. Према објављеним подацима коришћена је у око 2% покренутих истрага,²¹⁴ што може бити тумачено као негација потребе постојања ове ове могућности, а може се схватити и као коректив законске регулативе. Не треба занемарити ни традицију да се истрага води против одређеног осумњиченог па су јавни тужиоци ненавикнути да се истрага може покренути и против непознатог учиниоца. Ипак, да би се сазнало шта су стварни разлози због којих је у пракси невелики обим покретања истраге против непознатог учиниоца, морало би се спровести емпиријско истраживање.

Треће питање се тиче спољашње контроле одлуке о покретању истраге. Мисли се на судску и страначку контролу и евентуално контролу негативне одлуке од стране оштећеног. Поводом овог питања најпре треба констатовати да се, од двеју могућих форми одлуке којом би се формално покретала јавнотужилачка истрага, законодавац циљно определио за наредбу, зато што против ове одлуке није допуштена жалба. Тиме је искључена судска контрола кривичног гоњења у фази истраге. Ово решење изгледа логично јер је носилац функције кривичног гоњења јавни тужилац, па искључиво у његовој компетенцији треба да буде одлука да ли ће, кад се за то стекну законски услови, предузети гоњење. То би било логично али само у случају кад истрага не би била део формалног кривичног поступка, како је то сада законом и изричито наглашено одредбама о почетку кривичног поступка. За формални кривични поступак, схваћен у ужем смислу, као поступак пресуђења кривичне ствари, надлежан је суд а не јавни тужилац. Кад се тако посматра, у формалној јавнотужилачкој истрази спојене су две функције, функција кривичног гоњења и функција вођења кривичног поступка оличеног у обезбеђењу доказног материјала за пресуђење, а то значи да јавни тужилац није странка у поступку са функцијом кривичног гоњења него орган поступка. Да је истрага неформална (у таквом моделу се само прескаче фаза судске истраге), чији

²¹⁴ Према извештају Републичкој јавног тужилаштва, у Србији је 2013. године било је 2,6%, у 2014. години 2,36%, у 2015. години 2,04%, у 2016. години 1,93% покренутих истрага против непознатог извршиоца (Олгица Милорадовић, „Измењени концепт истраге (досадашња искуства и мере унапређења)“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) : кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2017), стр. 419).

результати би једино служили да јавни тужилац донесе одлуку да ли ће подићи оптужбу или не, тада се питање судске контроле покретања истраге не би нужно ни постављало. Овако, кад је јавнотужилачка истрага у потпуности изједначена са судском, по форми, начину спровођења и правном значају њених резултата, може се поставити питање има ли осумњичени право на приступ суду и право на правно средство, затим, да ли је законска регулатива у складу са уставом, као и питање има ли жртва право на приступ суду.

Са аспекта права на правично суђење, сматра се да судска заштита грађанских права мора бити доступна сваком и да „сва лица имају право на праведан поступак одлучивања о основаности оптужбе против себе“.²¹⁵ Обавеза је држава да свим лицима обезбеди судски поступак одлучивања о основаности оптужбе против њих.²¹⁶ У погледу правичности поступка покретања истраге, Европски суд за људска права је у већем броју предмета испитивао претпоставке за почетак и оправданост истраге и њеног трајања, па је тиме практично успоставио наднационалну контролу претпоставки за покретање и вођење јавнотужилачке истраге.²¹⁷ Кад се ради о кривичним стварима, право на приступ суду²¹⁸ има значење да лице „оптужено“ за кривично дело има право на захтев да се његов предмет решава на суду, али то не значи да „оптужено“ лице може захтевати да се настави кривично гоњење или да се одржи главни претрес пред судом у случају да јавни тужилац не предузме кривично гоњење, него само кад се „утврђује оптужба“ да то обави суд.²¹⁹ Баш из тог разлога што је у различитим предметима Европски суд испитивао постојање разумне сумње (*reasonable suspicion*), као разлога за покретање истраге, „установљавање правног лека против одлуке о покретању јавнотужилачке истраге и успостављање судске заштите, предупредило би у многим случајевима осуду наше државе пред тим судом.“²²⁰

²¹⁵ Саша Кнежевић, „Доступност правде“, у: *Законодавни и институционални оквир независности судства у Републици Србији* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2009), стр. 162.

²¹⁶ Ibidem.

²¹⁷ Zlata Đurđević, „Glavna obilježja tužiteljske istrage prema hrvatskom ZKP od 2008. do 2013. godine“, у: *Tužilačka istraga - regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2014), стр. 10.

²¹⁸ О праву на приступ суду у уставно-судској пракси види: Miodrag Simović i Milena Simović, *Mjesto i uloga Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u zaštiti ljudskih prava* (Banja Luka: Grafomark Laktaši, 2009), стр. 239-241.

²¹⁹ Vidi: *slučaj Lutz v. Germany*, Comm Report, 18. 10. 1985, став 48, стр. 12; P. van Dijk i G.J.H. van Hoof, *Teorija i praksa Evropske konvencije o ljudskim pravima* (Sarajevo: Müller, 2001), стр. 395.

²²⁰ В. Ђурђић, „Право на правично суђење у кривичном процесном законодавству Србије“, у: *Криминал, државна реакција и хармонизација са европским стандардима* (Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 2013а), стр. 99.

Као аргумент у прилог важећег решења у српском процесном законнику, могло би се навести да све државе које су увеле јавнотужилачку истрагу не предвиђају судску заштиту осумњиченог приликом покретања истраге. Решења су различита од законодавства до законодавства, тако да постоје државе које не предвиђају судску контролу истражног поступка, као што је Немачка, али има и оних које прописују одређена правна средства којима се иницира судска заштита приликом покретања и спровођења истраге, као што је Аустрија.²²¹ Међутим, ниво заштите људских права осумњиченог приликом покретања истраге, мора се посматрати у односу на уставне гаранције у конкретном националном правном систему. Пошто одговор на питање да ли је нужна судска контрола покретања истраге могу дати само национални уставни, треба дакле анализирати да ли је таква законска концепција истраге, према којој нема судске заштите осумњиченог приликом њеног покретања, у складу са уставним гаранцијама српског Устава. У нашем правном систему постављен је следећи законски оквир: осумњичени против којег је донета наредба о спровођењу истраге, нема право жалбе кривичном суду, стога је наредба о спровођењу истраге коначна одлука органа поступка, против које осумњичени нема никаквих правних средстава, па се с разлогом поставља питање колико је то у складу са уставном гаранцијом права на правично суђење. У члану 32. ст. 1. Устава, гарантовано је да „свако има право да независан, непристрасан и већ законом установљен суд ... расправи и одлучи о основаности сумње која је била разлог за покретање поступка ...“. Пошто Закоником о кривичном поступку није предвиђено да суд у одређеном функционалном облику (то би у истрази био судија за претходни поступак) одлучи о основаности сумње која је била разлог за покретање кривичног поступка, концепцију покретања јавнотужилачке истраге треба сматрати противуставном, што је „посебно упадљиво у контексту нове законске регулативе која се односи на формално одређивање тренутка започињања кривичног поступка“.²²² Смисао је уставне одредбе да се осигура судска контрола законитости и правилности покретања кривичног поступка, чиме се установљава право приступа суду као гаранција од незаконитог и арбитрерног покретања јавнотужилачке истраге. Кад се недостатак судске контроле покретања јавнотужилачке истраге доведе у везу са доказном снагом предузетих доказних радњи које предузима искључиво јавни тужилац,

²²¹ Опширније: Zlata Đurđević, „Sudska kontrola državnoodvjetničkog kaznenog progona i istrage: poredbenopravni i ustavni aspekt“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1 (2010), str. 10-15.

²²² Милан Шкулић, „Степен (не)усаглашености кривичног поступка Србије са Европским правним стандардима“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 58

закључак је да нови закон „у тој мери ставља осумњиченог у инфериоран положај у односу на другу процесну странку, да претходном поступку у целини одузима атрибуте правичног“.²²³

У расправи о уставности законског решења о поретању истраге треба још додати анализу уставних гаранција права на правно средство. Устав Србије свакоме гарантује „право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“ (чл. 36. ст. 2. Устава). Без сваке сумње се лицу против кога је донета наредба о спровођењу истраге самим покретањем кривичног поступка установљавају одређене обавезе и ограничавају нека од гарантованих људских права и слобода, те би из тог разлога сваки грађанин морао имати право на жалбу и судску заштиту од арбитрерног гоњења.²²⁴

На крају, на неприхватљивост одсуства сваке контроле одлуке о покретању истраге указује некохерентност, могло би се чак рећи унутрашња противречност самих законских решења фазе истраге као целине. Наиме, ако се има у виду да окривљени и одбрана имају право на приговор против неправилности у току већ започете истраге, „заиста противприродно делује одсуство било каквог правног средства против одлуке да се истрага покрене.“²²⁵ Одсуство судске контроле тужиоачеве наредбе о спровођењу истраге може се критиковати и из разлога што треба спречити не само осуду невиног окривљеног, већ и његово неосновано кривично гоњење, јер и само вођење кривичног поступка подразумева значајно ограничавање слобода и права.²²⁶

Из наведених разлога, законско решење покретања истраге требало би прилагодити међународним правним стандардима и уставним гаранцијама права на правично суђење. На нормативном плану то би значило да се као одлука којом јавни тужилац покреће истрагу, предвиди решење, против којег би била допуштена жалба о којој би одлучивао суд. Право жалбе на решење о покретању истраге требало би предвидети за осумњиченог и његовог браниоца и за оштећеног, чиме би се осигурало право на приступ суду овим лицима. О жалби би одлучивао судија за претходни

²²³ В. Ђурђић, „Право на правично суђење у кривичном процесном законодавству Србије“, у: *Криминал, државна реакција и хармонизација са европским стандардима* (Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 2013а), стр. 101.

²²⁴ М. Грубац, „Отварање истраге према новом Закону о кривичном поступку Србије“, *Pravni zapisi*, 1 (2014), стр. 222.

²²⁵ Г. Илић, „Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспекти)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 163.

²²⁶ С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 567.

поступак као заштитник слобода и права субјекта у претпретресним фазама поступка које се воде пред несудским органима. У том смислу је неопходна измена одредбе чл. 296. ЗКП, као основне, и свиг других с њом повезаних одредаба које се везују за одлуку јавног тужиоца о покретању истраге. Треба још констатовати да потребе за оваквим законским измењенама и допунама не би било ако би се истрага нормативно преуредила да буде неформална фаза, чији резултати би служили само за подизање оптужбе, па се у њој не би изводили докази који би могли бити чињенична основа пресуде.

1.3. СВРХА ЈАВНОТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ

Из законске дефиниције сврхе истраге, ако постоји, већ на први поглед се препознаје читава концепција истраге, њена природа и форма. Зато и сматрају да „питање сврхе истраге јесте истовремено питање њеног оправдања као фазе кривичног поступка“.²²⁷ Речено једнако важи за јавнотужилачку али и за сваку другу природу истраге, судску, полицијску или страначку.

У погледу законске регулативе, може се запазити да нека законодавства не дају законску дефиницију сврхе истраге, као на пример у Босни и Херцеговини,²²⁸ а нека формулишу сврху истраге у самом законском тексту,²²⁹ где спада и наше законодавство. У нашем закону, сврха истраге формулисана је у чл. 295. ст. 3. ЗКП.

Кад се анализира законски текст, пошто сврха није једнозначно одређена, може се рећи да према значају, сврха истраге може бити примарна или секундарна.²³⁰ Примарни циљ истраге може бити позитиван и негативан.²³¹

Примарна позитивна сврха истраге је да се прикупе докази и подаци потребни да се подигне оптужба. Може се рећи да је то примарна позитивна сврха кад се истрага води против неког конкретног осумњиченог. Међутим, наш законодавац омогућава вођење истраге и против непознатог учиниоца, па примарна сврха мора бити проширена на доказе „који су потребни да се утврди идентитет учиниоца“, што наш

²²⁷ Драго Радуловић, „Сврха истраге као фактор њеног обима (осврт на ЗКП Црне Горе)“, у: *Тужилачка истрага - регионална и кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2014), стр. 159.

²²⁸ Опширније: Miodrag Simović – Vladimir Simović, *Krivično procesno pravo II* (Istočno Sarajevo: Pravni fakultet, 2014), str. 21. i 22.

²²⁹ Види: чл. 274. ЗКП Црне Горе; чл. 291. ЗКП Македоније; чл. 213. ст. 1. ЗКП Хрватске; чл. 326. СРП.

²³⁰ С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 566; Драго Радуловић, „Сврха истраге као фактор њеног обима (осврт на ЗКП Црне Горе)“, у: *Тужилачка истрага - регионална и кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2014), стр. 157.

²³¹ Ibidem.

законодавац и чини. Да би се подигла подигла оптужница, мора се, на основу прибављених података и доказа утврдити са одговарајућим степеном сумње да је одређено лице учинилац кривичног дела, јер се судски кривични поступак води једино *ad personam*, а не *in rem*.

Примарна негативна сврха истраге своди се на обуставу поступка, кад прикупљени докази не омогућавају подизање оптужбе пошто постоје неки правни или стварни разлози који спречавају извођење окривљеног пред суд. Из овог негативног циља, види се да истрага на својеврстан начин штити осумњиченог јер спречава да буде неосновано изведен на главни претрес.²³²

Поред ових примарних циљева, у нашем процесном законика предвиђена су два секундарна циља: 1) прикупљање доказа „за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано“, и 2) прикупљање других доказа „који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним“ (чл. 295. ст. 2. *in fine*).

Из напред цитираних законских одредби и класификације прописаних циљева истраге, може се закључити да је наш законодавац у потпуности преузео одредбе о сврси судске истраге иако је увео јавнотужилачку. Тиме је законодавац испољио неприхватљиву замисао да истражног судију само замени са јавним тужиоцем, а да у свему осталом истрага остане иста. То је основна замерка законодавцу, из које произилази и критика законом установљене сврхе истраге.

Приликом одређивања суштине јавнотужилачке истраге која се одређује постављањем њене сврхе, не сме се губити из вида да је јавни тужилац странка у будућем судском поступку и да у јавнотужилачкој истрази, а нарочито у каснијим фазама, треба обезбедити могући обим страначке равноправности како би поступак био правичан. Тако гледано, у чистом моделу јавнотужилачке истраге, била она уређена као формална и неформална фаза, сврху истраге треба везати за подизање оптужбе. Искључиви циљ типичне јавно-тужилачке истраге морао би бити прибављање доказа потребних за подизање оптужнице или евентуално за одлуку да се одустане од кривичног гоњења, а никако не и других доказа.²³³ Једина сврха истраге треба да буде

²³² С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 2 (2015), стр. 566.

²³³ М. Шкулић, „Нови српски Законик о кривичном поступку као пример штетног раскида са основним принципима континентално-европског кривичнопроцесног модела“, *КоПра. Континентално право*, 1 (2017), стр. 55.

да буде прикупљање доказа како би јавни тужилац могао одлучити да ли ће подићи оптужбу или одустати од кривичног гоњења.²³⁴ То значи да би постојао само примарни циљ истраге, који би се испољавао као позитиван (подизање оптужбе) или негативан (одустанак од гоњења). Прикупљање доказа потребних да се утврди идентитет учиниоца, као посебан примарни циљ, мора бити изостављен, без обзира да ли ће у некој будућој новелацији процесног законика остати двофазна или ће бити установљена једнофазна неформална истрага. Ако истраживање кривичног дела и евентуалног учиниоца остане и даље двофазно (неформална предистрага и формална истрага), мора се укинути могућност вођења истраге против непознатог учиниоца из концепцијских и из разлога правичности (о чему ће касније бити детаљно излагано у оквиру дела дисертација под насловом „Покретање истраге“), па самим тим прикупљање доказа ради утврђивања идентитета осумњиченог постаје сувишно као посебан примарни циљ. Ако се у некој будућој новели јавнотужилачка истрага евентуално конципира као једнофазна и неформална, прибављање ових података опет ће бити непотребно јер ће бити саставни део примарног циља у свим случајевима кад се истрага покрене, пошто се оптужба може подићи само за одређено кривично дело против одређеног учиниоца.

У прилог гледишту да јавнотужилачка истрага треба да има само један, примарни циљ, могу се навести нека решења из упоредног права. Италијански ЗКП који је усвојио чист оптужни модел кривичног поступка, у чл. 326. под насловом „Сврха претходних истраживања“ везује сврху истраге само за омогућавање кривичног гоњења: „Државни тужилац и правосудна полиција спроводе, у оквиру одговарајућих овлашћења истраживања неопходна за вршење кривичног гоњења“. Сврху истраге слично дефинише и хрватски законодавац: „Када постоји основана сумња, ... државни одвјетник може провести или наложити истражитељу провођење доказних радњи које су сврховите за одлучивање о подизању оптужнице“.²³⁵

Има и мишљења да би јавнотужилачка истрага поред примарног могла имати и један секундарни циљ – прибављање доказа за које постоји опасност од одлагања. Према овом гледишту, у тужилачкој истрази би се могли изводити само докази који не трпе одлагање и то на посебном рочишту пред судијом за претходни поступак,²³⁶ што садашњи законик нажалост не познаје. Другим речима, и тако би се могао формулисати

²³⁴ В. Ђурђић, Кривично процесно право - Посебни део (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 67.

²³⁵ Члан 213. став 1. ЗКП Хрватске.

²³⁶ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 493.

циљ истраге, без обзира на то што је спроводи јавни тужилац, „али само ако би се омогућило да доказне радње чија сврха одлучивање о подизању оптужнице или обустави поступка уместо јавног тужиоца примарно изводи судија“.²³⁷

Као аргумент у прилог гледишта да истрага поред примарног може имати и секундарни циљ, може се навести законско решење македонског законодавца. У члану 291. ЗКП Македоније, изнад којег је наслов „Сврха истражног поступка, у ставу 3, дата је следећа дефиниција сврхе: „У истражном поступку: прикупљају се докази и подаци потребни јавном тужиоцу да може одлучити да ли ће подићи оптужбу или ће одустати од кривичног гоњења; и изводе се докази за које постоји опасност да се неће моћи извести на главном претресу или да би њихово извођење било повезано са тешкоћама, сагласно члановима 312, 313, 314, 315, 316, 317 и 318 овог закона“.

И гледиште да истрага поред примарне има и секундарну сврху, може бити прихватљиво као теоријски и концепцијски исправно, јер води рачуна о суштини јавнотужилачке истраге и успоставља потребну дистанцу од природе и сврхе судске истраге. И поред тога, мислимо да није неопходно прописивати овај споредни циљ јавнотужилачке истраге. Не споримо да пре покретања судског поступка може настати потреба за извођењем неких доказа за које постоји опасност да се касније неће моћи извести на главном претресу. Међутим, како таква потреба може настати у истрази, из истих разлога може настати и у предистрази. Баш зато што се потреба за прибављањем доказа за које постоји опасност од одлагања може настати и у истрази и у предистрази, не изгледа логично а ни неопходно да се тај циљ издвоји и пропише као секундарна сврха само једне фазе - истраге. уместо тога, за случајеве кад се појави потреба за обезбеђењем доказа пре главног претреса, законом просто треба прописати да те доказе изводи суд на предлог странака и браниоца. Тиме би била обухваћена и фаза истраге, а потреба за законским прописивањем напред наведене сврхе истраге не би била изражена.

У погледу другог секундарног циља истраге, који се састоји у прикупљању других доказа „који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним“, једнодушан је став теоретичара кривичног процесног права да је концепцијски погрешан и да га треба изоставити из закона.²³⁸ „То

²³⁷ Милан Шкулић – Горан Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије - како је пропала реформа* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2012), стр. 58.

²³⁸ Види: М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 493; М. Шкулић – Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије - како је пропала реформа* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије,

не би смела буде сврха истраге нарочито не оне која је престала да буде судска, већ је то посао резервисан за главни претрес“.²³⁹

Поред тога што се дефинисањем сврхе истраге одређује сама суштина истражне делатности, законском дефиницијом сврхе истраге уједно се детерминише и њен обим.²⁴⁰ Кад је реч о јавнотужилачкој истрази, не би се смела ограничити на процесуирање онога што је открила полиција, без уношења икаквог интелектуалног напора јавног тужиоца да појединости сам открије анализом прикупљеног доказног материјала и на тај начин да допринос утврђивању правога стања ствари.²⁴¹ Не треба, међутим, сврху истраге схватити ни прешироко, јер је познато да се у пракси, без обзира да ли је истрага тужилачка или судска, иде ка свеобухватности истраге. Таква пракса настаје под утицајем јавног тужиоца, који би да на основу такве истраге иде на сигурну оптужбу, а с друге стране, под утицајем судећег већа, које би да му неко други уради оно што треба да уради само.²⁴² Насупрот томе, истрага треба да се спроводи у обиму који је довољан да се прикупи доказни материјал на бази кога ће суд потврдити оптужницу. Зато истрага не треба да буде ни потпуна ни сумарна, већ довољна и сразмерна сложености предмета а не тежини кривичног дела.²⁴³ Јавни тужилац треба у истрази да прикупи и осигура све материјалне доказе и да из субјективних извора сазна шта све може бити доказ на главном претресу, а никако да све те доказе изводи у законом прописаној форми. Због ефикасности истраге и убрзања поступка, сврха истраге, према схватању у правосудној пракси и законској дефиницији, не би смела да буде таква да главни претрес буде реприза истраге.²⁴⁴

2012), стр. 65-69; Снежана Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 81; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 67;

²³⁹ Момчило Грубач, „Стрампутице и замке тужилачке истраге“, у: *Правни систем и тужилачка криза* (Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици, 2011а), стр. 235.

²⁴⁰ Драго Радуловић, „Сврха истраге као фактор њеног обима (осврт на ЗКП Црне Горе)“, у: *Тужилачка истрага - регионална и кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2014), стр. 157.

²⁴¹ Марина Панта, *Кривична постапка на СФРЈ* (Скопје: 1977), стр. 432.

²⁴² Милан Петрановић – Иво Јосиповић, „Претходни кривични поступак - неки практични аспекти“, *Наша законитост*, 2-3 (1989), стр. 333-351.

²⁴³ Тихомир Васиљевић – Момчило Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2002), стр. 461.

²⁴⁴ Драго Радуловић, „Концепција истраге у кривичном поступку у свијетлу новог кривичнопроцесног законодавства“, у: *Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2012), стр. 22.

1.4. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ КАО ОРГАН ПОСТУПКА КОЈИ СПРОВОДИ ИСТРАГУ (УРЕЂЕЊЕ ЈАВНОТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ КАО ДА ЈЕ СУДСКА)

1.4.1. Спровођење истраге

Спровођење истраге уређено је новим процесним закоником као да је и даље судска. Изгледа да је српски законодавац запао у замку тако што је формалну судску истрагу заменио исто толико формалном јавнотужилачком истрагом.²⁴⁵ Практично су преузете скоро све одредбе старог законика којима је била уређена истрага²⁴⁶ (само је другачије уређено прикупљање доказа у корист одбране и предузимање доказних радњи по предлогу осумњиченог и његовог браниоца), са извесним термилолошким разликама у означавању органа који води истрагу и процесних радњи које се у њој предузимају (сада је орган поступка јавни тужилац, а истражне радње су преименоване у доказне), с тим што су одредбе о спровођењу истраге унеколико пресистематизоване.

Субјекти истраге остали су исти – јавни тужилац, суд и полиција, само су им измењене улоге и функционална надлежност, и прилагођене су природи нове истраге. Истрагу спроводи надлежни јавни тужилац, али се законом може одредити једно јавно тужилаштво као истражни центар у коме ће се за подручје више јавних тужилаштава спроводити истрага (чл. 298. ст. 1. и 2). У погледу територијалне надлежности, поверавања појединих радњи другом месно ненадлежном органу поступка, овлашћења да тај орган предузме и друге радње, као и поступања за случај ненадлежности – у потпуности су преузете одредбе које су важиле за судску истрагу, само што се сада као орган поступка јавља јавни тужилац. Јавни тужилац спроводи истрагу на подручју суда пред којим поступа, а само изузетно доказну радњу може предузети и изван тог подручја, ако то интерес истраге захтева, о чему је дужан да обавести јавног тужиоца на чијем подручју треба радњу предузети. У овом другом случају, правило је да јавни тужилац повери предузимање доказне радње ненадлежном јавном тужиоцу који поступа пред судом на чијем подручју треба ту радњу предузети, а тад може предузети и друге с њом повезане доказне радње или доставити предмет надлежном јавном тужиоцу, ако оцени да је сам ненадлежан (чл. 299. ст. 1-3).

У погледу поверавања процесних радњи полицији, положај јавног тужиоца далеко је комотнији од положаја истражног судије док је истрага била судска. Према ранијим прописима, истражни судија је могао да полицији повери извршење само две

²⁴⁵ Упореди: Гордан Калајић, „Позначајни концепциски разлики во реформата на истрагата во Хрватска и во Македонија“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2 (2011), стр. 488.

²⁴⁶ Упореди одредбе чл. 298. и 299. ЗКП/2011 са одредбама чл. 245-250 ЗКП/2001.

истражне радње²⁴⁷ – претресање стана и привремено одузимање предмета. Сада је јавни тужилац овлашћен да полицији повери предузимање било које доказне радње, па чак и оне које по закону није овлашћена да самостално предузима у предистражном поступку,²⁴⁸ с тим што их полиција мора предузети у складу са законом. У закону само стоји да јавни тужилац „може поверити полицији извршење појединих доказних радњи“ (чл. 299. ст. 4), без икаквих ограничења, па отуда закључак да може поверити извршење сваке доказне радње. Нема ограничења ни у погледу броја доказних радњи које могу бити поверене полицији, нити су законом предвиђени механизми да се спречи претварање тужилачке истраге у полицијску, као што се то догодило у Немачкој.²⁴⁹ Остаје да се види да ли ће се тужилачка истрага у пракси трансформисати у полицијску, а сада се за нормативно уређење може констатовати да то омогућава нова процесна позиција јавног тужиоца.

Јавни тужилац спроводи истрагу тако што предузима доказне радње како би остварио сврху истраге. Он може предузети било коју доказну радњу, односно све законом предвиђене доказне радње,²⁵⁰ а предузима их у законом прописаној форми, како би њихови резултати могли послужити за подизање оптужбе и касније бити чињенична основа пресуде. Тим радњама могу присуствовати осумњичени, његов бранилац, као и оштећени (изузев саслушању осумњиченог), потпуно истоветно као кад је истрагу спроводио истражни судија, па се може рећи да је законодавац доследно спроводио идеју да истрага буде строго формална да би била фаза кривичног поступка по законској дефиницији. Управо се такав приступ сматра основном концепцијском грешком.²⁵¹ За разлику од свих модерних акузаторских система где се формална истрага практично прескаче, омогућено је да јавни тужилац спроводи све истражне

²⁴⁷ На захтев или по одобрењу истражног судије, полиција је још могла фотографисати окривљеног или узети отиске његових прстију, ако је то потребно за сврхе кривичног поступка (чл. 246. ст. 4. ЗКП/2001), али тада то нису биле истражне радње.

²⁴⁸ Исто тако: Г. П. Илић и др., *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2013), стр. 640; С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 84.

²⁴⁹ Види: М. Грубач, „Стрампутице и замке тужилачке истраге“, у: *Правни систем и тужилачка криза* (Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици, 2011), стр. 241.

²⁵⁰ Сада је у закону прописао више процесних радњи које су назване доказним, него што је раније било прописано. Према законнику из 2001. године биле су прописане следеће доказне радње: претресање стана и лица, привремено одузимање предмета, саслушање окривљеног, испитивање сведока, увиђај и вештачење. Према важећем законнику, поред наведених, као доказне радње означене су још: реконструкција догађаја, доказивање исправом, узимање узорака и провера рачуна и сумњивих трансакција.

²⁵¹ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 79.

радње које је до сада вршио истражни судија, иако је он странка у поступку.²⁵² Поред критике концепцијског модела, строго формалној јавнотужилачкој истрази може се упутити и критика са становишта ефикасности кривичног поступка. Судска истрага критикована је зато што се дуплирало извођење доказа, једном су извођени у истрази, други пут на главном претресу, па је због тога, поред осталих разлога, уведена јавнотужилачка истрага да би се поступак убрзао и повећала његова ефикасност. Међутим, са увођењем концепта формалне јавнотужилачке истраге, ништа се није добило јер се доказне радње опет два пута предузимају, само што их први пут предузима јавни тужилац у фази истраге, а други пут се такође предузимају на главном претресу. Оваква нормативна конструкција фазе истраге не убрзава кривични поступак. Напротив. Уместо извођења свих доказа, у јавнотужилачкој истрази требало би прикупљати доказни материјал тако што би јавни тужилац сазнао за чињеничне податке из откривених извора доказа који би били довољни за подизање оптужбе, а саме доказе изводио би само једном, у каснијој фази поступка на адверзијалном главном претресу пред судом.

Већ смо напоменули да су задржане и одредбе ранијег законика о присуству појединих субјеката истражним, сада доказним радњама. Бранилац има право да присуствује саслушању осумњиченог, а испитивању сведока и вештака имају право да присуствују бранилац, осумњичени и оштећени. С циљем да омогући остваривање ових права, закон је обавезао јавног тужиоца да овим субјектима достави позив, односно обавештење како би се могли користити овим својим правом.

За присуство радњама које се спроводе у истрази у случајевима кад је обавезна стручна одбрана услов је да осумњичени има браниоца. Наравно, кад осумњичени сам не изабере браниоца, мора му се поставити бранилац по службеној дужности. То је закоником предвиђено, само на прилично неспретан начин. Наиме, кад се ради о обавезној одбрани окривљеног „јавни тужилац или председник суда пред којим се води поступак ће му за даљи ток поступка решењем поставити браниоца по службеној дужности“ (чл. 76. ст. 1). Формулација је таква као да браниоца у истрази може поставити јавни тужилац или председник суда. Вероватно се мислило да браниоца поставља орган поступка, зависно од фазе поступка: у фази истраге то би био јавни тужилац, а после подизања оптужбе суд, тачније председник суда. Међутим, ни то није добро решење. Потпуно је нелогично да за даљи ток поступка, осумњиченом браниоца

²⁵² За истоветно решење које је постојало у хрватском законнику, критику види код: (Калајићев 2011), стр. 474.

поставља супротна странка.²⁵³ Није било разлога да се у претходним фазама поступка, у погледу постављања браниоца по службеној дужности, развлашћује суд. Из наведених разлога, било би примерено да судија за претходни поступак поставља браниоца по службеној дужности у стадијуму претходног поступка, као заштитних слобода и права окривљеног у овом стадијуму, а у каснијим фазама поступка, председник суда.

Поред присуства, осумњичени, његов бранилац и оштећени имају право да буду активни приликом предузимања доказне радње: ради разјашњења ствари имају право да предложе јавном тужиоцу да постави одређено питање осумњиченом, сведоку или вештаку; могу захтевати да се у записник унесу њихове примедбе поводом предузимања доказне радње којој присуствују; и имају право да предложе прикупљање појединих доказа (чл. 300. ст. 8). Међутим, присуство ових субјеката доказним радњама не може се сматрати страначком јавношћу у фази истраге, јер радње предузима јавни тужилац као „друга парастранка“, само у својству органа поступка. Ту нема ни контрадикторног извођења доказа ни извођења доказа по правилима адверзијалног поступка.

Наиме, оваквом „операционализацијом јавнотужилачког модела истраге“, како је учињено у нашем законик, „елиминисана је свака могућност за реализацију начела контрадикторности у овој фази кривичног поступка“, јер процесна позиција јавног тужиоца као органа поступка „искључује страначко својство овог субјекта“, па самим тим онемогућава остваривање „основних постулата расправности истраге“.²⁵⁴ То је дакле последица позиције јавног тужиоца као *dominus litis-a* ове фазе кривичног поступка.²⁵⁵

Приликом предузимања доказних радњи у овако формалној јавнотужилачкој истрази не може бити ни речи о „једнакости оружја“, нити има основног и унакрсног испитивања сведока и вештака, јер јавни тужилац као орган поступка предузима све доказне радње: он одлучује која ће се доказна радња предузети, он спроводи увиђај, он поставља питања сведоцима и вештацима, а такође одлучује да ли ће и како поставити питање које предложи осумњичени и његов бранилац.

²⁵³ М. Шкулић – Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије - како је пропала реформа* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2012), стр. 114.

²⁵⁴ С. Кнежевић, *Кривично процесно право - општи део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2015), стр. 67.

²⁵⁵ Упореди: Саша Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права* (Ниш: Студентски културни центар Ниш, 2012), стр. 132.

Из реченог, чита је надмоћ јавног тужиоца у истрази, а могућност извођења доказа у корист одбране сведена је у границе које јавни тужилац одређује по сопственом нахођењу. Кад би се резултати истраге по закону користили само за одлуку јавног тужиоца да ли ће подићи оптужбу или одустати од гоњења, и били доказни материјал суду само за потврђивање оптужнице, таква неравноправност између будућих странака у судском кривичном поступку била би разумљива и са становишта правичности поступка разумна. Међутим, како је допуштен продор ових несудских доказа на главни претрес, они без икаквих законских препрека могу бити чињенична основа пресуде, онда толико инфериоран положај осумњиченог у истрази може бити погубан по његово право на правично суђење.

1.4.2. Непристрасност јавног тужиоца у истрази

За спровођење јавнотужилачке истраге карактеристична је још непристрасност јавног тужиоца, прокламована процесним закоником и Законом о јавном тужилаштву. У циљу осигурања законитости функције кривичног гоњења, Закоником о кривичном поступку прописано је да су јавни тужилац и полиција дужни да „непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње, и да са једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист.“ (чл. 6. ст. 4). Истоветна идеја реализована је у Закону о јавном тужилаштву, само у одредбама о начелима у вршењу јавнотужилачке функције: „Јавни тужилац и заменик јавног тужиоца дужни су да ... непристрасно, правично и ... врше своју функцију посебно водећи рачуна о заштити оштећених ...“. Непристрасна улога јавног тужиоца у мешовитом, континентално-европском типу кривичног поступка се правда тиме што јавни тужилац, иако су у овом типу поступка основне кривичнопроцесне функције строго одвојене, „ипак није права, типична странка, јер је он, као државни орган, дужан да осим страначких интереса утемељених на функцији оптужбе, штити и опште интересе, а пре свега интерес који произлази из начела истине, па сходно томе, он мора осим доказа који терете окривљеног, прикупљати и доказе у прилог његовој одбрани“, или их бар мора имати у виду.²⁵⁶ За класично адверзијално уређен поступак ови аргументи не стоје. „Адверзијални тужилац је строго пристрасан, он је странка у поступку лично заинтересована за победу у виду осуђујуће пресуде,“ не веже га начело

²⁵⁶ Милан Шкулић, „Степен (не)усаглашености кривичног поступка Србије са Европским правним стандардима“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 - норма. пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 62.

легалитета, па тужилац на основу расположивих доказа и буџетских средстава којима располаже процењује на које ће случајеве усмерити новац и ресурсе.²⁵⁷ И поред ових, добро познатих концепцијских разлика кривичног поступка из два велика правна система, наш законодавац се определио за једну, теоријски скоро немогућу компилацију: упркос преласку на адверзијални модел поступка, јавни тужилац задржава досадашњи положај "непристрасног" заштитника закона.²⁵⁸

Осим принципа на којима почива адверзијални модел кривичног поступка, прокламованој непристрасности јавног тужиоца још противрече: хијерархијско уређење јавног тужилаштва као државног органа коме није гарантована независност него самосталност; принцип одвојености (основних) процесних функција, на коме се темељи савремени кривични поступак; као и психолошка неспојивост истовременог удовољавања два супротна захтева. Због уставног положаја којим је гарантована самосталност али не и независност државног [јавног] тужилаштва, поставља се питање „да ли државни [јавни] тужилац који није независан и који је подређен вишем, укључујући и врховног, може да буде у истрази објективан“.²⁵⁹ И са становишта успешног обављања функције и вредновања његовог рада, за јавног тужиоца, чији је задатак расветљење кривичних дела, важније је да докаже да је окривљени крив него да је невин и лажно оптужен, пошто полиција и тужилаштво не мисле да је њихова дужност да прикупљају доказе који ће указати да су пронашли "погрешног човека".²⁶⁰ Претерана посвећеност јавног тужиоца проналажењу и прикупљању доказа у корист осумњиченог, угрозила би успех његових истрага, што би за последицу имало негативну оцену његовог рада, па би страх од губитка посла, очекивања да јавни тужилац буде непристрасан свео „на просту утопију.“²⁶¹ Из ових разлога се у литератури основано упозорава на то да су функције оптужбе и непристрасног утврђивања чињеница психолошки неспојиве, те да је јавном тужиоцу немогуће да

²⁵⁷ Вања Бајовић, „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 160.

²⁵⁸ Ibidem.

²⁵⁹ Д. Радловић, „Концепција истраге у кривичном поступку у свијетлу новог кривично-процесног законодавства“, у: *Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2012), стр. 21.

²⁶⁰ J. D. Jackson, "Two Methods of Proof in Criminal Procedure", *The Modern Law Review*, 5 (1988), p. 559.

²⁶¹ В. Бајовић, „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 161.

задржи непристрасност у поступку који је страначки конципиран.²⁶² У крајњем, непристрасност јавног тужиоца у истрази и уопште у читавом кривичном поступку, показује се као једна фикција, мада као прокламација лепо звучи и изгледа као украс процедуре. Међутим, питање је „колико је та фикција теоријски оправдана и практично могућа“, јер изнети концепт истраге тражи од јавног тужиоца врлину којој он „није кадар да удовољи“.²⁶³

1.4.3. Предузимање доказних радњи и прикупљање доказа у корист одбране

Приликом разматрања положаја јавног тужиоца у истрази у односу на ранији модел истраге, посебну пажњу треба обратити на предузимање истражних, сада доказних радњи и прикупљање доказа у корист одбране, што је сада концепцијски сасвим другачије уређено.

Најпре о предузимању доказних радњи у корист одбране. Кад осумњичени и његов бранилац сматрају да је потребно предузети одређену доказну радњу, имају право да предложи јавном тужиоцу да је предузме. Ако јавни тужилац одбије њихов предлог за предузимање доказне радње 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 о томе одлучи у року од осам дана. Судија за претходни поступак није дужан да усвоји доказни предлог, већ може да усвоји или одбије предлог осумњиченог и његовог браниоца. У случају да усвоји предлог, судија за претходни поступак није овлашћен да сам предузме предложену доказну радњу, што би било логично и концепцијски доследно. Суд је само овлашћен да наложи јавном тужиоцу да предузме доказну радњу коју су предложили осумњичени и његов бранилац и да одреди рок за њено предузимање (чл. 302. ст. 1–3).

Овакво законско решење извођења доказа у корист одбране у јавнотужилачкој истрази, критиковано је у кривичнопроцесној литератури. Према једном мишљењу, за установљену контролу спровођења истражних радњи у корист одбране, не може се рећи да је ефикасна: прво, нису прописане никакве процесне санкције за случајеве кад јавни тужилац не поступи по одлуци судије за претходни поступак; друго, и кад би

²⁶² J. D. Jackson, „Two Methods of Proof in Criminal Procedure“, *The Modern Law Review*, 5 (1988), p. 559.

²⁶³ Страхинја Давидов, *Расправа о кривичном поступку* (Нови сад: Светионик Нови сад, 2017). стр. 175.

јавни тужилац поступио по одлуци суда, питање је колико би то било ефективно.²⁶⁴ Други сматрају да је наредба суда јавном тужиоцу да изведе доказну радњу у корист одбране дискутабилна и противречи руководећој улози јавног тужиоца: пошто сам суд не предузима доказну радњу у корист одбране него налаже јавном тужиоцу да предузме ту доказну радњу, може се закључити да јавном тужиоцу као руководиоцу не само предистражног поступка него и истраге, неко други (суд) налаже да предузме доказну радњу и то у корист одбране, што је више него дискутабилно решење.²⁶⁵ Општа критика би била да је предвиђени поступак „сувише компликован, дуготрајан, неефикасан и недовољан“, и да њиме законодавац није у потпуности заштитио интересе одбране, јер нису предвиђене никакве санкције у случају да јавни тужилац не поступи по налогу судије за претходни поступак.²⁶⁶ Сматра се да би боље решење било да је закоником предвиђено да „у случају тужичевог одбијања предлога одбране, о извођењу таквог доказа дефинитивно одлучује судија за претходни поступак“,²⁶⁷ односно када би било прописано да суд (тј. судија за претходни поступак) одлучује о спровођењу доказне радње у корист одбране и да је сам након тога предузима, те да би тако заштита осумњиченог била би далеко ефикаснија.²⁶⁸

Изнетој критици, која је убедљива, још се може додати да је осумњичени у неравноправном положају јер предузимање доказних радњи у истрази у крајњем зависи од става јавног тужиоца. Док се такво решење и може разумети кад су у питању докази који поткрепљују оптужбу, неправично је да о доказима у корист одбране коначно одлучује јавни тужилац као супротна странка и питање је какву ће корист одбрана уопште имати кад јавни тужилац поступи по одлуци суда и изведе доказ за који сматра да га не треба изводити. И учињени предлози за побољшање законског решења су прихватљиви, било да предвиђају првостепени поступак пред јавним тужиоцем а

²⁶⁴ В. Ђурђић, „Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)“, у: *Тужилачка истрага* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2014а), стр. 150.

²⁶⁵ Милан Шкулић и Горан Илић, *Реформа у стилу "један корак напред - два корака назад"* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2012), стр. 124; Станко Бејатовић, „Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард (Поглавље 23 и кривичнопроцесно законодавство Србије - норма, пракса и мере унапређења)“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 335.

²⁶⁶ С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 571.

²⁶⁷ *Ibidem.*

²⁶⁸ В. Ђурђић, „Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)“, у: *Тужилачка истрага* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2014а), стр. 150.

другостепени пред судом или да о извођењу доказа у корист одбране одлучује само суд, јер се оба предлога ослањају на судску заштиту осумњиченог, која је непристрасна и делотворна. Међутим, приликом решавања овог проблема треба узети у обзир могућност да се оно реши установљавањем једнофазне неформалне јавнотужилачке истраге, у којој се докази по правилу не би изводили, већ само инцидентно. Тада би о сваком извођењу доказа у истрази одлучивао суд, било да их предлаже јавни тужилац или осумњичени и његов бранилац, али само у случајевима кад прети опасност да се докази не би могли извести наглавном претреси. Имајући у виду наш модел кривичног поступка, одлуку о извођењу доказа у истрази могао би доносити судија за претходни поступак и сам инцидентно изводити тај доказ, или попут решења у упоредном праву, установити доказно рочиште у истрази, попут решења у упоредном праву.

За положај јавног тужиоца у истрази значајна је и друга новина, везана за прикупљање доказа у корист одбране (не предузимање доказних радњи), на које су овлашћени осумњичени и његов бранилац. Законик није признао право осумњиченом и његовом браниоцу да воде своју истрагу и да се на тај начин изједначе са јавним тужиоцем, што би одговарало идеји о увођењу адверзијалног поступка на којој се у скоро свим одредбама новог законика инсистира, већ је уместо „страначке истраге“ каква би истрага одговарала тој идеји, устоличио „тужилачку истрагу“.²⁶⁹ Законик садржи само одредбе које им омогућавају да прикупљају доказни материјал у своју корист, не и да изводе доказе. У том циљу, они имају право: да уз његову сагласност разговарају са лицем које им може пружити податке корисне за одбрану и да од тог лица прибављају писане изјаве и обавештења; да уз пристанак њиховог држаоца улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или просторе повезане са станом; да од физичког или правног лица преузму предмете и исправе и прибаве обавештења којима оно располаже, уз њихову сагласност, као и уз обавезу да том лицу издају потврду са пописом преузетих предмета и исправа (чл. 301. ст. 1). Искључено је прибављање таквих изјава и обавештења од оштећеног, као и од лица која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца.

Присталице јавнотужилачке истраге критикују ово решење јер се њиме уводи један вид „паралелне истраге“, која је у несагласју са природом јавнотужилачке

²⁶⁹ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 493.

истраге.²⁷⁰ Сматрају да није оправдано да се једном правном систему који већ устаљено припада одређеном великом типу кривичног поступка, вештачки калеме доминирајући елементи из другог општег типа кривичног поступка, јер то може довести до огромних практичних проблема, пре свега, до несналажења процесних субјеката у новом кривичнопроцесном амбијенту, а што онда, по логици ствари, доводи у питање ефикасност и правичност таквог поступка.²⁷¹ Међутим, оваквом решењу и кад би се прихватило да је установљена „паралелна истрага“, могу се упутити и суштинске примедбе. Најпре, ове одредбе не доводе све осумњичене у исти положај зато што новоустановљена „права“ не могу сви осумњичени да користе. Могу их остварити само осумњичени којима материјални, односно имовински положај то омогућава, јер је њихово остваривање скопчано са материјалним трошковима, па се на тај начин прави разлика међу осумњиченима у истрази према критеријуму њиховог имовног стања.²⁷² Ни осумњичени који су за време истраге у притвору, такође не могу сами прикупљати доказни материјал у своју корист јер су лишени слободе, што их у томе објективно онемогућава.²⁷³ Као суштинска, може се ставити и примедба да би могућност прикупљања доказног материјала онако како је сада прописана закоником, одбрана имала и да није законом прописана, пошто се фактички своди на добровољну комуникацију осумњиченог и његовог браниоца са другим лицима, односно на добровољну предају писмена и предмета који могу послужити као доказ. У том смислу се и критикује законска терминологија, јер није исправно назвати „правом“ нешто што процесни субјекат може и да није прописано као „право“ у процесном закоником.²⁷⁴

Иако је законодавац имао у виду да формализује активност одбране и дефинише функцију ове активности у истрази и читавом поступку, у томе није успео. Новом законском регулативом ојачан је положај јавног тужиоца а не осумњиченог, како на

²⁷⁰ Види: Станко Бејатовић, „Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, *Архив за правна и друштвена истраживања*, 1-2 (2010б), стр. 100; М. Шкулић, „Нови српски Законик о кривичном поступку као пример штетног раскида са основним принципима континентално-европског кривичнопроцесног модела“, *КоПра. Континентално право*, 1 (2017), стр. 54.

²⁷¹ Милан Шкулић, „Степен (не)усаглашености кривичног поступка Србије са Европским правним стандардима“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 - норма. пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), 62.

²⁷² Види: С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 570.

²⁷³ Види: Милан Шкулић, „Нови српски Законик о кривичном поступку као пример штетног раскида са основним принципима континентално-европског кривичнопроцесног модела“, *КоПра*, 1 (2017), стр. 54, фуснота 14.

²⁷⁴ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 66. фуснота 51.

први поглед изгледа. Према ранијим прописима окривљени је имао право да суду предложи извођење доказа у своју корист и тако обезбеди судску заштиту у истрази и осигура доказе за главни претрес. Сада то право нема, може само прикупљати доказни материјал који на претресу нема доказну снагу. Мада установљавање нових права осумњиченог у истрази претпоставља успостављање какве-такве равноправности са другом странком, ефекат овог законског решења је сасвим супротан – сва нова овлашћења осумњиченог и његовог браниоца фаворизују супротну странку. Материјал који прикупи одбрана не може бити доказ на главном претресу, без обзира да ли се ради о материјалним или субјективним изворима доказа, а сваки резултат доказних радњи тужиоца у истрази има снагу судских доказа. Затим, експлиците законодавац сужава и такве, неформалне могућности одбране и забрањује да доказни материјал прикупља од „оштећеног и на лица која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца“ (чл. 301. ст. 3). Ову забрану законодавац не прописује и у обрнутом смеру, да јавни тужилац не може испитивати сведоке од којих је одбрана прикупљала податке или материјалне изворе доказа, како би то захтевали принципи страначке истраге у адверзијално конципираном поступку (какову идеју је имао наш законодавац), али како налаже и „једнакост оружја“ као стандард који садржи право на правично суђење.²⁷⁵ Ако је пак законодавац хтео да уреди јавнотужилачку истрагу али на принципима мешовитог а не адверзијалног типа претходног кривичног поступка, уместо номиналне „паралелне истраге“ морао је обезбедити судску заштиту одбрамбених доказа. Чак и кад би номинално имали сличан процесни положај, то би било анулирано фактичком надмоћи јавног тужиоца – одбрана никада нема могућност да примени принудне мере, а у односу на јавно тужилаштво одбрана нема ни кадровска, техничка ни финансијска средства за вршење те активности.²⁷⁶ На крају, изгледа да од новоустановљених овлашћења одбране, може имати корист само јавни тужилац, што изгледа парадоксално. Наиме, сада је одбрана номинално обавезна да обелодани прикупљени доказни материјал „у својој истрази“ (чл. 303. ст. 3)²⁷⁷, а ту обавезу није имала док нису установљена овлашћења у њену корист. Као да су овлашћења дата осумњиченом и

²⁷⁵ Упореди: Г. П. Илић и др., *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2013), стр. 701.

²⁷⁶ Упореди: М. Грубач, „Странпутице и замке тужилачке истраге“, у: *Правни систем и друштвена криза* (Косовска Митровица: Правни факултет Приштина - Косовска Митровица, 2011), стр. 246.

²⁷⁷ Законска норма гласи: „Осумњичени који је саслушан и његов бранилац су дужни да по прикупљању доказа и материјала у корист одбране (члан 301.) обавесте јавног тужиоца о томе и да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списка и разгледање предмета који служе као доказ“.

његовом браниоцу, да би се у кривични поступак увела установа обелодањивања доказа, путем које им се намеће обавеза да јавног тужиоца као противну странку морају упознати с каквим доказним материјалом располажу, односно као да се „практично уводи категорија одговарајуће `кооперативности` одбране у односу на јавног тужиоца током истраге, коју он формално води“.²⁷⁸ Тиме се потврђује у литератури изречени критички став да се овакав концепт тзв. паралелне истраге може донекле схватити и „као скуп `празних` и `голих` норми, односно права која суштински у пракси не користе одбрани“.²⁷⁹ Међутим, ипак се недовршеност ове регулативе показује не као негативна него као позитивна последица која штити осумњиченог, јер није предвиђена никаква санкција ако одбране не обелодани свој доказни материјал, што је иначе законска обавеза, па остаје да сам осумњичени са својим браниоцем процењује да ли ће и које ће доказе обелоданити јавном тужиоцу.

1.4.4. Доказна вредност резултата истраге

Угаони камен за разликовање јавнотужилачке односно страначке истраге, са једне стране, и судске истраге, са друге стране, представља чињеница колику доказну вредност има прикупљени доказни материјал, односно спроведене истражне радње. Сматра се да је основна мана јавнотужилачке истраге да се докази из истраге веома рестриктивно могу користити на главном претресу, пошто је њихова основна функција да послуже као утемељење оптужнице, па се касније сви докази, по правилу, морају поново изводе на главном претресу.²⁸⁰ Кад је истрага класично тужилачка, суд не може своју одлуку заснивати на доказима који су у истрази изведени од несудских органа без поновног извођења тих доказа на главном претресу.²⁸¹ Ово је општеприхваћено схватање међу српским теоретичарима кривичног процесног права.²⁸² Насупрот

²⁷⁸ М. Шкулић – Г. Илић, Нови Законик о кривичном поступку Србије - како је пропала реформа (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2012)str. 55.

²⁷⁹ Милан Шкулић, „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)?“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2017), str. 54.

²⁸⁰ М. Шкулић, „Степен (не)усаглашености кривичног поступка Србије са Европским правним стандардима“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 59.

²⁸¹ Драго Радуловић, „Сврха истраге као фактор њеног обима (осврт на ЗКП Црне Горе)“, у: *Тужилачка истрага - регионална и кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2014), стр. 155.

²⁸² М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 493, 500, и 501; Снежана Бркић, „Новине у

теоријским гледиштима, законодавац уређује истрагу тако да изједначава несудске доказе са доказима изведеним на главном претресу. То се види из чињенице да је истрага строго формална јер се доказне радње предузимају у законом прописаној форми, затим из чињенице што нема одредаба о судском извођењу „инцидентних“ доказа и из одредаба о одступању од начела непосредности на главном претресу (чл. 406),²⁸³ у којима се само наводи да се могу користити записници о ранијем испитивању лица, без навођења ко је испитао сведока или вештака, што значи да се може користити сваки исказ сведока, односно вештака, без обзира који је орган поступка извео овај доказ (у истрази или предистрази). Ни у одредбама овог члана ни у наслову изнад ових одредби се уопште не помиње да се користе искази сведока, односно вештака, који су раније дати суду, што значи да их суд не испитује у ранијим фазама поступка. Једино остаје да је исказ сведока прибавио орган поступка пред којим се одвија нека од претходних фаза поступка, а то може бити само јавни тужилац или полиција, и то у предистрази или истрази.

Новим процесним закоником се „покушава остварење ’немогуће мисије’, тако да истрага буде тужилачка, али да истовремено, сви докази које је јавни тужилац као несудски државни органи прикупио, могу да се путем читања записника о датим изјавама, користе на главном претресу“, као што је некад било уређено док је истрага била судска.²⁸⁴ До истог закључка се долази и кад се пође од доктринарног појма суђења. Наиме, „ако се суђење састоји од утврђивања чињеница и примене права на утврђено чињенично стање, онда сви докази којима се утврђује чињенично стање морају бити изведени пред судећим судом у контрадикторном и непосредном поступку“.²⁸⁵ Овако, признавањем несудских доказа као да су изведени пред судом, јавни тужилац преузима најважнији део функције суђења – утврђивање чињеница. То се

регулисању скраћеног поступка у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник Правног факултета у Ново Саду*, 2 (2013), стр. 87; Станко Бејатовић, „Неколико разлога неопходности наставка рада на реформи кривичног процесног законодавства Србије“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 101, 103 и 104; Војислав Ђурђић, „Концепцијске странпутице у новом кривичном поступку Србије“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 74; М. Шкулић, „Нови српски Законик о кривичном поступку као пример штетног раскида са основним принципима континентално-европског кривичнопроцесног модела“, *КоПра*, 1 (2017), стр. 55;

²⁸³ Види: Војислав Ђурђић, „Нови ЗКП РС и контрола оптужбе“, *Ревизија за кривично право и криминологију*, 3 (2014 б), стр. 71.

²⁸⁴ М. Шкулић, „Степен (не)усаглашености кривичног поступка Србије са Европским правним стандардима“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 - норма. пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 59.

²⁸⁵ Снежана Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 572.

потенцијално може сматрати кршењем права на правично суђење, гарантовано међународним документима о људским правима.²⁸⁶ Ако се томе дода да наш Устав (чл. 33. ст. 5)²⁸⁷ и Европска конвенција гарантују окривљеном и право да се пред судом суочи са сведоцима оптужбе, тј. да их сам испита, односно да их у његовом присуству испита судећи суд,²⁸⁸ и из тог разлога могла би се оспоравати уставност законског решења о изједначавању несудских и судских доказа јер противрече наведеним уставним гаранцијама.

За разлику од нашег законодавца, у другим законодавствима која су увела јавнотужилачку истрагу нема покушаја остварења споменуте „немогуће мисије“ да истрага буде тужилачка а да докази из истраге имају снагу судских. Начелно, питање вредности доказног материјала концепцијски је једноставно решено: тужилац у истрази само прикупља а не изводи доказе, а кад за тим настане потреба, докази се изводе пред судом на посебном доказном рочишту. Извођење доказа у истрази који ће имати потребну доказну снагу да буду чињенична основа пресуде, решава се увођењем суда у поступак истраге, само се форма судског обезбеђења доказа разликује од законодавства до законодавства.

У Босни и Херцеговини установљена је форма судског обезбеђивања доказа у истрази установљена у сва четири процесна законика, скоро на исти начин, а односи се на саслушање сведока и прибављање материјалних извора доказа. Навешћемо укратко решење усвојено у Републици Српској. Одлуку да се саслуша сведок у истрази доноси судија за претходни поступак, на предлог странака или браниоца, којом наређује да се изјава тог сведока узме на „посебном саслушању“, које се спроводи по општим правилима²⁸⁹ о саслушању сведока на главном претресу. Такву одлуку судија за претходни поступак може донети само „када је у интересу правде да се сведок саслуша“ у истрази, да би се његов исказ могао користити на главном претресу, зато што постоји опасност да неће бити доступан суду за време суђења (чл. 231. ст. 1. ЗКП РС). Законски услов да се тако добијен исказ користи на главном претресу је да

²⁸⁶ М. Шкулић, „Степен (не)усаглашености кривичног поступка Србије са Европским правним стандардима“, у: Европске интеграције и казнино законодавство (Поглавље 23 - норма. пракса и мере хармонизације) (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и п, стр. 59).

²⁸⁷ Уставна норма гласи. „Свако коме се суди за кривично дело има право да сам или преко свога браниоца ... испитује сведоке оптужбе и да захтева да се, под истим суловима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, испитају и сведоци одбране“ (чл. 33. ст. 5. Устава).

²⁸⁸ С. Бркић, „Неусклађеност Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године са другим прописима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3 (2014), стр. 176.

²⁸⁹ Закон упућује да се саслушање спроведе „у складу са чланом 277. овог закона“, којим је предвиђено директно и унакрсно испитивање сведока на главном претресу.

странка, односно бранилац мора доказати да је и упркос свим уложеним напорима да се осигура присуство сведока на главном претресу, сведок остао недоступан.²⁹⁰ Други случај судског обезбеђивања доказа односи се на материјалне доказе. Уколико странке или бранилац сматрају да одређени доказ може нестати или да извођење таквог доказа на главном претресу неће бити могуће, имају право да судији за претходни поступак предложи предузимање „неопходне радње у циљу обезбеђења доказа“ (чл. 231. ст. 3. ЗКП РС). Кад прихвати предлог о предузимању радње доказивања, судија за претходни поступак о томе обавештава странке и браниоца. У оба случаја судског обезбеђења доказа, против одлуке судије за претходни поступак којом је одбијен предлог странака или браниоца о судском обезбеђењу доказа, дозвољена је жалба, о којој одлучује ванпретресно веће.

У Црној Гори је такође предвиђено инцидентно судско извођење доказа у истрази и за разлику од законодавства Републике Српске, није везано за поједине већ се начелно односи на све доказе, а услови су такође блаже постављени. На захтев странака²⁹¹ одређене доказне радње може спровести судија за истрагу ако посебне околности указују на опасност од одлагања, конкретно ако указују да те радње неће моћи да се понове на главном претресу, или би извођење доказа на главном претресу било немогуће, „односно знатно отежано“ (чл. 276. ст. 2. ЗКП ЦГ). Други случај судског извођења доказа у истрази није везан за инцидентне доказе већ за осигурање доказа потребних за утемељење оптужбе оштећеног као тужиоца. Доказне радње предузима судија за истрагу на предлог оштећеног као тужиоца кад оцени да је пре подизања непосредне оптужбе неопходно спровести одређене доказне радње (чл. 287. ст. 2. ЗКП ЦГ).

Италијански законодавац, који је континентални тип заменио у целости са оптужним моделом кривичног поступка, предузетим радњама у фази претходних истраживања не признаје снагу доказа,²⁹² што суштинска карактеристика овог општег типа кривичног поступка. Основна начела акузаторског типа поступка налажу да докази који се могу употребити за пресуду, буду непосредно изведени пред судећим

²⁹⁰ Опширније: Miodrag Simović, *Krivično procesno pravo II, Istočno Sarajevo* (Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu, 2014).

²⁹¹ У литератури се критикује законодавац због неправилне употребе појма „странка“, јер у тужилачкој истрази нема странака, „него се ради о државном тужиоцу и окривљеном“ (Д. Радуловић, „Сврха истраге као фактор њеног обима (осврт на ЗКП Црне Горе)“, у: *Тужилачка истрага - регионална и кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2014), стр. 158.

²⁹² Antoinette Perrodet, *European Criminal Procedures* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 380.

судом, на контрадикторан начин. Због тога што и у току претходних истраживања може настати потреба да се изведу одређени докази јер се не могу одложити до главног претреса, италијански законик о кривичном поступку (СРР) предвиђа посебно доказно рочиште које је судске природе. Пошто је изузетно, рочиште се може одржати само у законом одређеним случајевима (чл. 392. СРР), ради: прибављања исказа лица за које се основано претпоставља да се неће моћи саслушати на главном претресу због болести или друге тешке сметње; прибављања исказа лица за које је вероватно да су подвргнута насиљу, претњи, обећању новца или друге користи да не би сведочила или да би лажно сведочила; саслушања лица подвргнутог претходним истраживањима о чињеницама које се односе на туђу одговорност; као и у другим случајевима одређеним одредбама овог члана. Поред сведочења, државни тужилац и лице подвргнуто истраживањима, тј. осумњичени, могу на исти начин тражити вештачење које би, кад би било одређено на главном претресу, условило одлагање претреса дуже од шездесет дана. Докази прибављени на доказном рочишту могу се користити на главном претресу само против оптужених чији су браниоци присуствовали њиховом извођењу (чл. 403. ст. 1. СРР). „За доказно рочиште, на коме се антиципирано изводе докази, кључна је одредба члана 401. ст. 5, према којој се докази изводе на седници већа уз потпуно остварење принципа контрадикторности“.²⁹³ Иначе, детаљне одредбе о иницирању, претпоставкама, току доказног рочишта, те употребљивости доказа прибављених на доказном рочишту, садржане су у члановима 392-404. СРР.

Италијански законик о кривичном поступку био је узор македонском законодавцу да у нови кривични поступак уведе доказно рочиште, а хрватском да измени већ реформисани претходни поступак увођењем ове посебне установе.

У Хрватском кривичном поступку у фази истраге могуће је одржати доказно рочиште, које се одређује на предлог државног тужиоца, оштећеног као тужиоца или окривљеног. Доказно рочиште спроводи судија за истрагу у случајевима: кад је потребно испитати категорије посебно осетљивих сведока (као што су дете или малолетник); кад сведок неће моћи бити испитан на главном претресу; ако је сведок изложен утицају који доводи у питање истинитост исказа, или ако се докази касније нећемоћи извести (чл. 236. ст. 1. ЗКП Х). Сврха је доказног рочишта да се спроведу одређене доказне радње по правилима која важе за главни претрес. Интересантно је

²⁹³ Момчило Грубач, „Одредбе о организацији претходног кривичног поступка Нацрта ЗКП Србије из априла 2010. године упоређене са одговарајућим одредбама италијанског ЗКП“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, 12 (2010), стр. 564.

приметити да хрватски законодавац такође предвиђа у којим случајевима се неће држати доказно рочиште: ако се не ради о кривичном делу које се гони по службеној дужности, ако постоји неки основ који искључује кривицу или ако је наступила застарелост, или је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или постоји друге околности које искључују кривично гоњење (чл. 236. ст. 3. ЗКП Х).²⁹⁴

Према македонском закону, у истрази се докази само прикупљају, а изузетно изводе на посебном доказном рочишту ако се оправдано може очекивати да неће моћи да се изведу на главном претресу.²⁹⁵ Извођење доказа у истрази у кривичном поступку Македоније у потпуности је уређено по узору на италијански кривичнопроцесни законик. Најпре је предвиђено да доказно рочиште може да се одржи у истражном поступку на захтев осумњиченог или јавног тужиоца, о чему одлучује судија за претходни поступак. Доказно рочиште је могуће у следећим случајевима: ако је вероватно да сведок због болести или смрти неће моћи бити испитан на главном претресу; ако је потребно вештачење а докази се односе на лице, предмет или место чије стање је подложно неизбежним променама; ако постоје конкретне околности које указују да је сведок изложен насиљу, претњи, обећању новца или друге користи да не сведочи или да лажно сведочи (чл. 312. ЗКП М). Судија за претходни поступак решењем одлучује да ли ће прихватити захтев странака или не, у коме наводи доказе који ће се извести на доказном рочишту и датум када ће бити одржано. Докази изведени на доказном рочишту могу се користити на главном претресу само против оног окривљеног чији је бранилац био присутан у поступку извођења доказа на доказном рочишту, осим ако се окривљени изричито одрекао права на браниоца (чл. 318 ЗКП М). Остали докази који нису прибављени на доказном рочишту, као што је то случај са свим модерним поступцима који држе до контрадикторности и непосредности, а који представљају неконзистентне исказе могу се прочитати зарад „освежавања меморије“ и за оспоравање веродостојности исказа датих пред судом.²⁹⁶

Закључак би био да је у свим ексјугословенским, али и у другим државама уведено судско обезбеђење доказа у тужилачкој истрази, изузев Србије.

Основна концепцијска грешка нашег законодавца огледа се у томе што је уместо укидања формализоване судске истраге, она само замењена једнако формализованом

²⁹⁴ Опширније о доказном рочишту у хрватском кривичном поступку види: Berislav Pavišić and i suradnici, *Kazneno postupovno pravo* (Rijeka: 2010), стр. 321.

²⁹⁵ Г. Калајџијев, „Позначајни концепциски разлики во реформата на истрагата во Хрватска и во Македонија“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2 (2011), стр. 482.

²⁹⁶ *Ibidem*, стр. 482.

јавнотужилачком истрагом, која поново омогућава продор доказа који потичу из истраге, па чак и предистражног поступка на главни претрес.²⁹⁷ Уместо да је укинуо судску истрагу и увео тужилачку истрагу, која би била уређена на принципима који одговарају новом моделу кривичног поступка, наш заклонодавац је само истражног судију заменио јавним тужиоцем, а сва остала правила судске истраге је задржао. Законодавац је занемарио да јавни тужилац није правосудни орган са потребним степеном независности и непристрасности, да би изједначио доказе које он изведе са судским доказима. Такође, погрешан значај и значење даје присуству браниоца и осумњиченог доказним радњама које јавни тужилац предузима у истрази. Тиме се не стварају услови за контрадикторно извођење доказа, јер доказе изводи јавни тужилац, и питања сведоцима и вештацима такође он поставља, а одбрана своја питања такође по правилу поставља преко јавног тужиоца. Да би се реализовало начело контрадикторности, потребно је створити услове да две супротне странке равноправно расправљају пред судом. У нашем моделу истраге, како је сада уређена, тих претпоставки нема – јавни тужилац је у фази истраге орган поступка, па о равноправности странака и „једнакости оружја“ не може бити ни речи. Из тог разлога нема директног и унакрсног испитивања сведока и вештака, као есенције адверзијалног доказивања у једном фер поступку. И начело непосредности, на коме почива савремени и правичан поступак, противречи доказној снази резултата тужилачке истраге, односно искључује изједначавање несудских и судских доказа. Док је истрага била судска, коришћење записника о изведеним истражним радњама на главном претресу ограничавало је начело непосредности, а сада је са изједначавањем несудских и судских доказа у потпуности разрушено.

Конзистентна примена акузаторског принципа у приступу правичном суђењу налаже да сви докази треба да се изводе на јавној и контрадикторној расправи пред независним судом.²⁹⁸ И Европски суд за људска права инсистира да се сви докази у принципу изводе на јавном претресу пред судом у контрадикторној расправи, што је недвосмислено нагласио у више својих одлука²⁹⁹ Зато, задатак истраге мора бити ограничен на прикупљање доказног материјала довољног да јавни тужилац одлучи о

²⁹⁷ С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 563.

²⁹⁸ Види: Г. Калајдијев, „Позначајни концептски разлики во реформата на истрагата во Хрватска и во Македонија“, *Зборник Правног факултета у Загребу*, 2 (2011)), стр. 475.

²⁹⁹ Случај: *Kostovski v. Netherlands*, Series A, No. 166, para. 39; случај *Lüdi v. Switzerland*, пресуда од 15. 6. 1992, A236, став 47.

подизању оптужнице, проширен само на доказе чије извођење не трпи одлагање.³⁰⁰ Начелно узев, у тужилачкој истрази би се могли изводити само они докази који не трпе одлагање, и то на посебном доказном рочишту пред судијом за претходни поступак.³⁰¹ Доказно рочиште треба уредити према правилима која важе за судски поступак да би се извели, обезбедили и сачували докази за које постоји опасност да се на главном претресу не би могли поново извести. То другим речима значи да предузимање доказа у истрази треба уредити као да се ти докази изводе на главном претресу, са свим гаранцијама контрадикторности поступка и равноправности странака.

1.5. ОКОНЧАЊЕ ИСТРАГЕ, СА ПОСЕБНИМ ОСВРТОМ МОЖЕ ЛИ ОДЛУКА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА О ОБУСТАВИ ИСТРАГЕ СТАТИ НА ПРАВНУ СНАГУ

Окончање истраге претпоставља остварење сврхе због које је истрага покренута, која може бити позитивно и негативно одређена. С обзиром на то, општеприхваћено је у нашој кривичнопроцесној теорији да постоје два начина окончање истраге, а то су: а) обустава истраге и б) завршетак истраге.³⁰² Обуставом се истрага завршава кад се оствари негативни циљ истраге, тј. кад се у току истраге утврди да не постоје стварни или правни разлози који спречавају да се осумњичени изведе пред суд.³⁰³ Као завршетак истраге у новом законикау означен је вид окончања када се оствари позитивна сврха истраге. У законикау није прописан максимални рок трајања истраге, да би се истеком тог рока сматрало да је истрага окончана.

а) Јавнотужилачка истрага се обуставља из истих разлога као и судска, који по својој природи могу бити правни и стварни. У процесном законикау стоји да јавни тужилац „може“ у току истраге да одустане од гоњења осумњиченог и обустави истрагу, ако постоје одређени стварни или правни разлози.³⁰⁴ То је погрешно јер изгледа као да јавни тужилац може али не мора да обустави истрагу, а ради се о

³⁰⁰ Vid. Ulrich Eisenberg, *Beweisrecht der StPO*, Spezialkommentar, 4. Auflage, Verlag C.H.Beck, München, 2008.

³⁰¹ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 493.

³⁰² С. Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), стр.401; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017); стр. 84; М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Седмо измењено и дупуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 327; С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 92; М. Шкулић – Т. Бугарски, *Кривично процесно право* (Нови Сад: Правни факултет, 2015), стр. 392.

³⁰³ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 81.

³⁰⁴ Види чл. 308. ст. 1, уводна реченица.

трајним и неотклоњивим сметњама. Треба да стоји „обуставиће истрагу“, кад настане неки од прописаних разлога, што би значило да мора а не да може обуставити истрагу.

Правни разлози су или недостатак материјалноправних претпоставки за вођење кривичног поступка или настанак процесних сметњи. Обе групе правних разлога су трајног карактера и не могу се ти недостаци, односно сметње у даљем поступку отклонити, па се зато истрага коначно завршава. Два су правна разлога због којих јавни тужилац обуставља истрагу: (1) Ако дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мере безбедности; и (2) Ако је кривично гоњење застарело или је дело обухваћено амнестијом или помиловањем или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење (чл. 308. ст. 1. тач. 1. и 2). Као други разлози који трајно спречавају кривично гоњење могу се навести *res iudicata* (чл. 4. ст. 1) и смрт осумњиченог (чл. 20). Уколико у фази истраге наступе околности које привремено а не трајно онемогућавају кривично гоњење, јавни тужилац доноси наредбу о прекиду³⁰⁵ истраге (чл. 307. ст. 1. ЗКП), а не одлуку о обустави истраге, која би могла онемогућити поновно покретање кривичног поступка кад престану сметње које су изазвале прекид истраге. „Окривљени се, стога, не може позивати на важење начела *ne bis in idem*.“³⁰⁶

Стварни разлог за обуставу истраге односи се на недовољност доказног материјала на коме би се заснивала довољно основана сумња, потребна за подизање оптужнице. Законска формулација гласи: ако нема довољно доказа за оптужење (чл. 308. ст. 1. тач. 3).

Јавни тужилац обуставља истрагу наредбом, и о томе је дужан да обавести оштећеног. Пошто је одлука о обустави истраге у форми наредбе, сада више није допуштена жалба. Оштећени нема право да преузме кривично гоњење и тако постане супсидијарни тужилац. Обавеза обавештавања оштећеног предвиђена је како би се он евентуално могао обратити вишем јавном тужиоцу подношењем приговора (чл. 51. ст. 1). За овај правни механизам смо већ закључили да не осигурава делотворну заштиту права оштећеног, а спречава га да оствари своје уставно право на приступ суду ради заштите сопствених права и слобода, што смо детаљно објаснили у излагању о одбацивању кривичне пријаве у предистражном поступку. С тим у вези сматрамо да је

³⁰⁵ У неким законодавствима која су увела неформалну јавнотужилачку истрагу, нема одредби о прекиду истраге, изузев по основу душевне болести осумњиченог, па има мишљења да „пракса трпи због непостојања законских одредби о прекиду и проширењу истраге“ (Б. Додик, „Тужитељска истрага - Искуства Босне и Херцеговине“, у: *Савремене тенденције кривичног процесног права у Србији и регионална кривичнопроцесна законодавства* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2012), стр. 26).

³⁰⁶ С. Кнежевић, „Међународноправни стандарди двоструке угрожености“, у: *Право и друштвена стварност* (Косовска Митровица: Правни факултет, 2014), стр. 266.

исправно гледиште према коме је право на делотворну истрагу основно људско право жртва тешких кривичних дела, које гарантује Европска конвенција. Зато, приликом будуће реформе истраге у овом сегменту треба поштовати стандарде које је изградио Европски суд за људска права да би се истрага могла оценити као делотворна: а) адекватност истраге за утврђивање и кажњавање извршиоца; б) свеобухватност истраге, детаљност и брижљивост; в) независност и непристрасност истражитеља; г) хитност спровођења истраге; д) транспарентност; њ) укљученост жртве, и е) обавеза предузимања кривичног гоњења када на то указује резултат истраживања.³⁰⁷

У погледу форме одлуке којом јавни тужилац обуставља истрагу, могло би се рећи да је законодавац доследан. Зато што се истрага покреће наредбом јавног тужиоца, логично је да се наредбом и обустави. Међутим, такво решење отвара питање правне снаге одлуке јавног тужиоца о обустави истраге, пошто против ње није допуштена жалба суду. Другим речима, поставља се питање може ли наредба јавног тужиоца о обустави истраге стећи правну снагу, тј. постати *res iudicata*. Да би се дао одговор на ово питање опотребно је анализирати уставне гаранције и законску регулативу начела *ne bis in idem*.³⁰⁸

У Уставу је начело *ne bis in idem* предвиђено у оквиру гаранција права на правну сигурност у казненом праву: „Нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен“ (чл. 34. ст. 4. Устава). Законодавац преузима али и унеколико исправља уставну дефиницију, па у Законику о кривичном поступку даје следећу формулацију: „Нико не може бити гоњен за кривично дело за које је одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен“ (чл. 4. ЗКП). Уместо „гоњен ни кажњен“, законодавац сужава забрану само на „гоњен“, јер окривљени не може бити кажњен а да пре тога није кривично гоњен, а уместо правноснажне „пресуде“, употребљава шири појам – „одлуку суда“, јер мериторна одлука којом се решава кривична ствар у започетом кривичном поступку не мора увек бити у форми пресуде, иако је најчешћа, већ може бити и у форми решења (у поступку

³⁰⁷ Zlata Đurđević, „Glavna obijezja tužiteljske istrage prema hrvatskom ZKP od 2008. do 2013. godine“, у: *Tužilačka istraga - regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni* (Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji, 2014), str. 67.

³⁰⁸ Опширније о начелу *ne bis in idem* види код: Саша Кнежевић, „Међународноправни стандарди двоструке угрожености“, у: *Право и друштвена стварност* (Косовска Митровица: Правни факултет, 2014), стр. 257-270; Иван Илић – Јелена Веселиновић, „Тумачење дејства начела *Ne bis in idem* у пракси Европског суда за људска права“, *Годишњак Факултета безбедности*, 2016), стр. 251-266;

према малолетницима основна форма одлуке којом се мериторно окончава кривични поступак је решење).

Из употребљених израза у уставној норми и њеног смисла произилази да је за важење начела потребно да постоји правноснажна одлука и да је та одлука судска.³⁰⁹ Употребљени израз „правноснажна пресуда“ јасно показује да се ради о судској одлуци, јер у кривичном поступку суд има ексклузивно овлашћење да једини доноси одлуку у форми пресуде, а из смисла уставне норме произлази да се и правноснажност обуставе поступка везује за судску одлуку. За изналагање правог значења уставне норме у помоћ можемо позвати и историјски метод тумачења. У време доношења Устава, као и читав кривични поступак и истрага била је судска. То је аргумент да се правноснажна ствар могла односити само на судске одлуке. Исто значење има и законска норма о начелу *ne bis in idem*. Из формулације начела се види да се одлука суда односи на правноснажно: ослобађање или осуду окривљеног, одбијање оптужбе или обуставу поступка.

Имајући у виду значење уставне гаранције и законске регулативе начела *ne bis in idem*, може се закључити да одлука о обустави истраге не може стећи правну снагу јер је доноси јавни тужилац. Други закључак би био да наредба о обустави истраге не може постати пресуђена ствар, без обзира на разлог обуставе, што би значило и у случајевима кад истрага обустављена из правних и у случајевима кад је до обуставе дошло из стварних разлога. Доследно, последица би била да јавни тужилац може после доношења наредбе о обустави истраге, у истој кривичној ствари, поново покренути истрагу, без судског олучивања о понављању кривичног поступка, пошто се тиме не би вређало начело *ne bis in idem*. Међутим, то би био прекомеран и због тога неоправдан атак на правну сигурност окривљеног, па се поставља питање који је излаз из ове процесне ситуације. Може се разумети да јавни тужилац поново покрене истрагу против истог лица за исто кривично дело, ако је истрага обустављена због недостатка доказног материјала за подизање оптужбе, па се након обуставе појаве нови докази. Насупрот томе, после обуставе истраге из правних разлога, не би било прихватљиво да јавни тужилац поново покрене истрагу против истог осумњиченог за исто кривично дело, пошто би једини разлог за то могао бити да је променио правно тумачење. На

³⁰⁹ Татјана Бугарски, „Заахтев за заштиту законитости“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1 (2016), стр. 216. С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 93; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 85.

пример, сматрао је да постоји застарелост у некој компликованој кривичној ствари, па је после обуставе променио мишљење. Сматрамо, да разлози правне сигурности налажу да се без понављања кривичног поступка не сме допустити поновно покретање истраге која је обустављена због материјалноправних недостатака или процесних сметњи. У том смислу, зато што су правни разлози за обуставу истраге прецизно одређени, не може се очекивати да ће јавни тужиоци другачије тумачити правне разлоге већ примењене приликом обуставе.³¹⁰

Законска регулатива обуставе истраге могла би се новелирати како би се нормативно превазишао проблем поновног покретња истраге иако је већ била обустављена. То се може учинити ослањајући се на уставне гаранције права на правично суђење и права на правну сигурност, тако да се законом пропише да се истрага обуставља решењем,³¹¹ против којег би била допуштена жалба оштећеног суду, о којој би одлучивао судија за претходни поступак, као функционално надлежан судски орган. То не би било противно тужилачкој концепцији истраге све док је она фаза формалног кривичног поступка, јер по Уставу о основаности сумње која је разлог за покретање и вођења кривичног поступка одлучује суд. Тако би решење о обустави истраге могло стати на правну снагу, кад је изјављена жалба одлуком суда којом је решење потврђено, а кад жалбе не буде, протеком рока за жалбу.

б) Други вид окончања је завршетак истраге, који долази у обзир кад се оствари основни позитивни циљ истраге. Пре њеног завршетка, јавни тужилац има обавезу да прикупи податке о осумњиченом (чл. 309). Обавезан је да прибави најмање оне податке који се узимају приликом саслушања окривљеног (чл. 85 ст. 1), а по потреби може прибављати и податке о ранијем животу окривљеног и приликама у којима живи, као и другим околностима које се односе на његову личност.

Јавни тужилац доноси наредбу о завршетку истраге кад нађе да је стање ствари у истрази довољно разјашњено. Наредбом се окончава фаза истраге, али не и кривични поступак. Из чињенице да се о завршетку јавнотужилачке истраге доноси формална одлука, може се закључити да је у погледу њеног завршетка сада истрага више формална него кад је била судска. Кад нађе да је стање ствари довољно разјашњено, истражни судија није доносио никакву формалну одлуку већ је просто списе предмета

³¹⁰ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 85.

³¹¹ Предложена форма одлуке о обустави претпоставља да се и истрага покреће истом формом одлуке, тј. решењем, због концепцијске доследности и кохерентности закона, што смо и предложили у излагању о покретању истраге.

достављао јавном тужиоцу на одлуку да ли ће подићи оптужбу или одустати од кривичног гоњења.³¹²

Јавни тужилац је дужан да наредбу о завршетку истраге достави осумњиченом и његовом браниоцу, те да о томе обавести оштећеног. Овом одлуком само се констатује да је истрага фактички завршена, али се не решава судбина покренутог кривичног поступка. С обзиром на то, поставља се питање чему онда служи доношење формалне одлуке о завршетку истраге. Упознавање осумњиченог и других субјеката поступка са одлуком о завршетку истраге само омогућава да се одреди временски тренутак у коме је истрага завршена и тиме олакшава контролу трајања истраге, као и одређивање рока за подизање оптужнице.

Након доношења наредбе о завршетку истраге, могуће су три ситуације које зависе од процене јавног тужиоца доказног материјала прибављеног у фази истраге. По оглашавању да је завршена, могућа је: 1) допуна истраге, 2) подизање оптужнице и 3) одустанак од кривичног гоњења.

Потпуно исте могућности постојале су и док је истрага била судска, само је питање има ли смисла допуна истраге и могућност одустанка од кривичног гоњења сада кад је истрага јавнотужилачка, што ће у наставку бити предмет анализе.

Ако јавни тужилац тек по доношењу наредбе о завршетку истраге закључи да на доказном материјалу којим располаже не може одлучити да ли има места подизању оптужбе, односно према законским условима, ако „утврди да је потребно предузети нове доказне радње“, донеће наредбу о допуни истраге (чл. 311. ст. 1). Допуну истраге могу предложити осумњичени и његов бранилац. Ако се сагласи с њиховим предлогом, јавни тужилац ће донети наредбу о допуни истраге и предузети предложену доказну радњу. У супротном, кад се јавни тужилац не слаже с предлогом за допуну истраге, примењује се правни механизам који важи за предузимање доказних радњи у истрази, прописан у чл. 202, о чему је напред било речи.

Иста критика важи и за правни механизам из члана 202 ЗКП приликом допуне истраге, али је у целини гледано прописивање допуне истраге на предлог осумњиченог и његовог браниоца потребно и чини се на уобичајен начин решено. Укратко, са оценом јавног тужиоца да је стање ствари у довољној мери разјашњено, осумњичени и његов бранилац се не морају сложити, па кад сматрају да стање ствари још треба разјаснити, имају могућност да предложи допуну истраге и спровођење конкретних

³¹² Види чл. 257. ст. 1. и 2. ЗКП/2001.

доказних радњи. Док је ово решење разумљиво, питање је колико има смисла законска регулатива допуне истраге по службеној дужности. Наиме, у овом случају јавни тужилац сам процењује да је стање ствари довољно разјашњено и доноси формалну одлуку о завршетку истраге, а онда у року краћем од 15 дана доноси по службеној дужности, односно на сопствену иницијативу, формалну одлуку о допуни истраге! Шта се то може догодити у тако кратком времену да јавни тужилац промени своје мишљење о доказном материјалу који је сам прибавио спроводећи доказне радње. Кад јавни тужилац није сигуран, не треба да доноси наредбу о завршетку истраге, већ да након проучавања предмета изведе још неку доказну радњу ако је то потребно. Ово су разлози који уједно говоре о непотребном доношењу формалне одлуке којом се констатује фактички завршетак истраге.

Друга могућа процесна ситуација настаје у случају кад јавни тужилац након доношења наредбе о завршетку истраге не промени оцену да је стање ствари у довољној мери разјашњено и закључи да су се стекле законске претпоставке за подизање оптужбе. У том случају ће јавни тужилац подићи оптужницу у законом прописаном року. Подизањем оптужнице започиње следећа фаза претходног кривичног поступка, те ће о положају јавног тужиоца у њој бити излагано у наредној глави дисертације.

Трећа процесна ситуација настаје кад јавни тужилац након доношења наредбе о завршетку истраге одустане од кривичног гоњења. Пошто је подизање оптужнице орочено а везано је за моменат доношења наредбе о завршетку истраге, одустанак од гоњења био би могућ само у року за подизање оптужнице, тј. пре него подигне оптужницу. У овом случају јавни тужилац не доноси никакву формалну одлуку већ о свом одустанку од кривичног гоњења само обавештава осумњиченог и оштећеног (чл. 310. ст. 4). Оштећени има право приговора вишем јавном тужиоцу по чл. 51. ст. 1. ЗКП.

Поставља се питање који је рацио увођења одустанка кривичног гоњења у овој тачки кривичног поступка, кад се зна да јавни тужилац може да одустане од гоњења само из истих разлога због којих се обуставља истрага. Шта се то може догодити од тренутка доношења наредбе о завршетку истраге до истека рока за подизање оптужнице да би јавни тужилац имао разлога да одустане од кривичног гоњења? Ти разлози не би смели настати у току истраге до њеног завршетка, јер би у том случају јавни тужилац био дужан да обустави истрагу. Треба још имати у виду да овде није реч о одустанку од подигнуте оптужнице, него о одустанку од гоњења. Не може се

тумачити да је могућ одустанак од гоњења и након подизања оптужног акта, јер би то био одустанак од оптужбе а он је по закону могућ само након потврђивања оптужнице, што је изричито прописано одредбом чл. 49. ст. 1. тач. 1. ЗКП. Дакле, уважавајући законску регулативу ти разлози за одустанак од гоњења могли би настати само након завршетка истраге, и то у року за подизање оптужнице. Могло би се замислити да у том периоду застари кривично гоњење, али ако то тужилац зна, зашто би доносио наредбу о завршетку истраге да би у кратком времену након тога одустао од гоњења, кад може да сачека тај тренутак и да наредбом обустави истрагу. Исто поступање се очекује од јавног тужиоца и кад су у питању други разлози који трајно искључују гоњење или кад сматра да дело због ког је вођена истрага није кривично дело, односно да из тих разлога због којих би одустао од гоњења после завршетка истраге пре тога обустави истрагу. И кад је у питању недостатак доказа не може се замислити да јавни тужилац након завршетка истраге оцени да нема довољно доказа за оптужење, а да је колико пре пар дана оценио супротно и донео наредбу о завршетку истраге зато што је стање ствари довољно разјашњено. Уколико након завршетка истраге сазна за неки нови извор доказа, с обзиром да је истрага формално завршена, принципијелно би било да јавни тужилац донесе формалну одлуку о допуни истраге, па након извођења доказа, ако нађе да нема довољно доказа за оптужење, да наредбом обустави истрагу.

Посебно је дискутабилна концепција да након завршене истраге јавни тужилац одустаје од гоњења фактичком радњом (достављањем обавештења), без доношења икакве формалне одлуке, а да је до тада је формална одлука обавезна. У претходним фазама поступка до завршетка истраге законодавац доследно спроводи идеју о обавезном доношењу формалне одлуке кад јавни тужилац одлучи да не предузме, односно да одустане од кривичног гоњења: кад нађе да нема места кривичном гоњењу у предистрази, решењем одбацује кривичну пријаву (чл. 284. ст. 1); кад одустане од гоњења осумњиченог у фази истраге, доноси наредбу о обустави истраге (чл. 308. ст. 1). С тим у вези, основно је питање каква је судбина започетог кривичног поступка ако јавни тужилац одустаје од гоњења фактичком радњом. Другим речима, може ли кривични поступак који је започет формалном одлуком да се оконча фактичком радњом? По самом закону, кривични поступак започиње формалном одлуком али се не окончава никаквом одлуком, већ обавештавањем о одустанку од гоњења!³¹³

³¹³ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 87.

У тражењу одговора на постављено питање, треба поћи од одлуке о завршетку истраге. Са сигурношћу се може рећи да се наредбом о завршетку истраге правно не окончава кривични поступак, јер тек после ове одлуке јавни тужилац може да подигне оптужницу, чиме поступак прелази у наредну фазу. То би могла бити формална одлука вишег јавног тужиоца по приговору оштећеног, али је та одлука неизвесна, јер оштећени не мора у свим случајевима одустанка од гоњења да изјави приговор. То би значило да у случајевима одустанка од гоњења после завршетка истраге постоје два начина окончања започетог кривичног поступка – неформално, обавештавањем осумњиченог и оштећеног, које предузима нижи јавни тужилац, и формалном одлуком вишег јавног тужиоца, што би била потпуно конфузна концепција. Тумачење да се кривични поступак окончава формалном одлуком вишег јавног тужиоца, које не прихватамо, подлеже још једној критици. Наиме, према овом тумачењу кривични поступак би започињао одлуком у форми наредбе (о спровођењу истраге), а правно би се могао окончао одлуком вишег јавног тужиоца у форми решења (о одбијању приговора оштећеног), што је концепцијска недоследност у погледу форме одлуке и зато што је могућа одлука у другом степену без формалне првостепене одлуке.

Из наведених разлога, закључак би био да законодавац за случај одустајања од гоњења након завршене истраге није предвидео формално окончање кривичног поступка. По замисли законодавца, у овој процесној ситуацији започети кривични поступак правно се окончава обавештењем осумњиченог и оштећеног да је јавни тужилац одустао од кривичног гоњења. Такво решење угрожава правну сигурност осумњиченог, јер „обавештење“ никад не може постати *res iudicata*, што значи да јавног тужиоца не обавезује обавештење о одустанку од гоњења, те након овог обавештавања он формалноправно може у сваком тренутку наставити истрагу, без обзира на разлоге одустанка.³¹⁴ То би се и могло прихватити ако је одустао од гоњења због недостатка доказа у случајевима кад се појаве нови докази, аналогно обустави истраге из овог разлога. Међутим, то је недопустиво у случају одустанка од гоњења из правних разлога, тј. зато што дело није кривично дело или што постоје трајне сметње које искључују кривично гоњење. Ово законско решење о одустанку од гоњења након формалне одлуке о завршетку истраге, према коме се формално започета истрага правно не окончава, подсећа на средњовековни инквизиторски поступак у коме је суд могао донети одлуку која се у теорији означава као *ab solutio ab inastantia*, а значила је

³¹⁴ Треба приметити да законодавац не обавезује јавног тужиоца да у обавештењу образложи из којих законских разлога одустаје о кривичног гоњења након завршетка истраге.

да се осумњичени отпушта испод суђења. Према овој одлуци окривљени није био ни крив ни невин па се против њега у сваком тренутку могао наставити поступак, без могућности да он изјави приговор пресуђене кривичне ствари.³¹⁵ Тек по протеклу одређеног времена ова одлука се претварала у ослобађајућу пресуду.³¹⁶

Да закључимо, прагматични разлози да се осигура тачно утврђивање трајања истраге, били су одлучујући да се пропише доношење формалне одлуке о завршетку истраге. Међутим, то је условило концепцијски погрешна и неприхватљива решења о даљем току или окончању кривичног поступка. Инсистира се на формалностима потребним за даљи ток кривичног поступка тамо где нису потребне (код допуне истраге по сопственој иницијативи јавног тужиоца), а изостаје преко потребна форма одлучивања кад се кривични поступак окончава, иако је апсурдно замислити да се започети кривични поступак оконча без одлуке органа поступка. Увођењем одустајања од кривичног гоњења након завршетка истраге у форми обавештавања супротне странке и оштећеног, разрушена је концепција формалних фаза претходног поступка и проузрокована је правна несигурност лица против којег је вођена истрага. Неформални одустанак од кривичног гоњења био би примерен неформалној јавнотужилачкој истрази, а не строго формалној каква је у новелираном кривичном поступку код нас уведена. Изгледа да је законодавац преузео могућност одустајања од гоњења након спроведене истраге из раније важећих прописа док је истрага била судска, које је одговарало природи и концепцији тадашњег претходног поступка, само су испустили из вида да је након изјаве јавног тужиоца да одустаје од кривичног гоњења, истражни судија доносио решење о обустави кривичног поступка.

Мислимо да би приликом новелирања сада важећег процесног законика једно од могућих решења било да се по фактичком завршетку истраге не доноси никаква формална одлука, већ да јавни тужилац просто констатује у списима и обавести осумњиченог и оштећеног да је истрага завршена. Тиме би било омогућено утврђивање до ког тренутка је истрага трајала. Ако се и после тога појави потреба за извођењем доказа, било да то оцени јавни тужилац или осумњичени и његов бранилац, јавни тужилац би предузимао ту доказну радњу по општим правилима истраге, јер истрага не би била правно окончана. При таквом уређењу не би било уопште потребе посебно

³¹⁵ М. Грубач, *Кривично процесно право, Увод и Општи део* (Београд: Службени гласник, 2004), стр. 74.

³¹⁶ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ* (Београд: Завод за издавање уџбеника, 1971), стр. 20.

регулисати ни одустанак од гоњења након фактичког завршетка истраге. Ако тек након фактичког завршетка истраге а пре подизања оптужнице, јавни тужилац нађе или сазна да постоји неки разлог за одустајање од кривичног гоњења, доносио би одлуку о обустави истраге. У свим осталим ситуацијама, кад не би било потребе за допуном истраге нити разлога за обуставу поступка, јавни тужилац би подизао оптужницу у законом прописаном року.

1.6. ЕФИКАСНОСТ ЈАВНОТУЖИЛАЧКЕ ИСТРАГЕ

Један од основних циљева увођења јавнотужилачке истраге био је повећање ефикасности и убрзање кривичног поступка. Мада је прошло више од пет година од почетка примене новог законика у свим јавним тужилаштвима, нема емпиријских истраживања о ефикасности и трајању истраге. У објављеним радовима, спорадично се наводе подаци о трајању истраге у појединим тужилаштвима,³¹⁷ који су недовољни за једну општу оцену. Једно је сигурно, да је кад се посматрају сви кривични предмети, трајање поступка смањено са проширивањем условног одлагања кривичног гоњења на кривична дела са запрећеном казном до пет година и омогућавањем закључења страначког споразума о признању кривице на сва кривичног дела. Зато ћемо размотрити нормативне претпоставке за остварење циља постављеног реформом истраге.

На нормативном плану постоје законске одредбе са различитим ефектом, једне које поспешују ефикасност и утичу на смањење трајања истраге, па самим тим и кривичног поступка у целости, и друге које делују у супротном смеру.

Установљена обавеза за јавног тужиоца да по протеку шест месеци (односно године дана за јавна тужилаштва посебне надлежности) обавести вишег јавног тужиоца о разлозима због којих истрага није окончана (чл. 310. ст. 2), има за циљ да ограничи трајање истраге и сигурно је у функцији повећања ефикасности. Непосредно виши јавни тужилац је дужан да предузме мере да се истрага оконча. И установљавање приговора вишем јавном тужиоцу због неправилности у спровођењу истраге може допринети да се рад поступајућег јавног тужиоца учини ефикаснијим. Осумњичени и његов бранилац имају право да до завршетка истраге поднесу приговор због одуговлачења поступка и других неправилности у току истраге (чл. 312. ст. 1). О

³¹⁷ У деветомесечном периоду од почетка примене новог законика (01. 10. 2013. до 01. 07. 2014), у Основном јавном тужилаштву у Новом Саду истрага је трајала 2-3 месеца, у у Вишем јавном тужилаштву у Новом Саду 3 месеца (Бугарски, 2014), стр.128.

приговору одлучује виши јавни тужилац, који ако приговор усвоји, решењем о усвајању приговора издаје опште упутство нижем јавном тужиоцу да уочене неправилности отклони.

Као нормативна решења која не доприносе бржем спровођењу истраге, могу се навести: широко постављена сврха истраге, формално извођење доказа у истрази од стране јавног тужиоца и компликован механизам извођења доказа у корист осумњиченог. Јавнотужилачка истрага би за примарни циљ морала имати прикупљање доказа, да би јавни тужилац могао подићи оптужбу или одустати од оптужбе. Проширивање циља истраге и на прибављање доказа који не трпе одлагање, а још више и на доказе чије се извођење покаже целисходним, по логици ствари продужава трајање истраге. Истрага се продужава за онолико времена колико то прикупљање доказа траје а није неопходно за одлуку о подизању оптужбе, односно о одустанку од гоњења. И концепција истраге као формалне фазе у којој јавни тужилац изводи доказе у законом прописаној форми, двоструко утиче на продужење трајања кривичног поступка. Најпре, предузимање доказних радњи „у складу са законом“ захтева више времена за припрему и њихово извођење, него да је те доказе јавни тужилац само прикупљао без њиховог извођења. Извођење доказа далеко је комплексније и дуже траје, а мора се обезбедити и да предузимању те радње присуствују осумњичени, бранилац и оштећени. Друго дејство формалне истраге је на продужење трајања кривичног поступка, пошто се сви докази по два пута изводе. Једном их изводи јавни тужилац у истрази, па се ти исти докази поново изводе на главном претресу (исто као кад је истрага била судска). Поступак би био далеко ефикаснији и краће би трајао, кад би јавни тужилац прикупљао (не и изводио) само доказе који служе да подигне оптужницу (или одустане од гоњења), а да се сви докази изводе само на главном претресу, непосредно и контрадикторно. На крају, и механизам извођења доказа у корист одбране у јавнотужилачкој истрази доприноси одуговлачењу истраге. Укратко, најпре осумњичени предлаже јавном тужиоцу предузимање доказне радње, потом јавни тужилац одлучује о предлогу. Ако јавни тужилац не усвоји предлог или о њему не одлучи у законском року, осумњичени понавља предлог судији за претходни поступак, који доноси одлуку. Уколико судија усвоји предлог, налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу, коју он на крају може да предузме. Осим што је компликован и неделотворан, јер нема прописане санкције ако јавни тужилац не поступи по налогу судије, овако компликован механизам одуговлачи истрагу. Истрага га би била далеко бржа у погледу извођења доказа у

корист одбране, кад би осумњичени директно предлагао извођење доказа судији за претходни поступак, у чијој надлежности би било одлучивање о предлогу али и само извођење доказа, за шта се ми залажемо.

На крају, за разлику од теоријских расправа на концепцијском нивоу, међу практичарима приступ вредностима и манама новог модела истраге је, као што се може и очекивати, веома прагматичан. Као илустрацију која осликава овакав прагматичан поглед, навешћемо мишљење једног јавног тужиоца који је своју дугогодишњу професионалну каријеру провео у јавнотужилачкој организацији, исказано поводом критика на неефикасност правосуђа : „По мом животном искуству у раду у правосуђу у случајевима где су ове слабости стварно постојале, оне ни у ком случају нису постојале зато што је у претходном поступку истрагу водио истражни судија а не тужилац. Ефикасност истраге и раније и сада једино се може мерити по квалитету онда истражног судије а сада јавног тужиоца.“³¹⁸

2. ПРЕОБРАЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА ИЗ ОРГАНА ПОСТУПКА У КРИВИЧНОПРОЦЕСНУ СТРАНКУ У ФАЗИ ОПТУЖЕЊА

2.1. НУЖНОСТ РЕФОРМИСАЊА ФАЗЕ ОПТУЖЕЊА

Фаза оптужења, односно стављања под оптужбу, је фаза претходног стадијума која се састоји од две врсте делатности, подизања оптужнице и судске контроле оптужбе. Она се јавља као међуфаза или међустадијум која раздваја истрагу и главни кривични поступак. Кад је истрага поверене несудским органима, тужиоцу или полицији, фаза стављања под оптужбу јавља се као демаркациона линија која раздваја истрагу од судског кривичног поступка. У традиционалном мешовитом кривичном поступку функција овог “међустадија” је да омогући одређивање предмета главног претреса, односно избегавање претреса кад се не испуне претпоставке за његово одржавање, или због постојања законских сметњи за мериторно одлучивање.³¹⁹

У конструисаном моделу јавнотужилачке истраге који уводи наш законодавац, иако преовладавају инквизициони елементи, по чему одговара мешовитом типу претходног кривичног поступка, искључена је било каква судска контрола кривичног

³¹⁸ Крсман Илић, „Јавни тужилац као субјект ефикасности тужилачког модела истраге“, у: *Нова решења у кривичном проценом законодавству : теоретски и практични аспект* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2011), стр. 204.

³¹⁹ Elizabeta Ivičević Karas, „Sudska kontrola optužnice“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, 2 (2011), str. 451.

гоњења, што би одговарало страначкој истрази у оптужном моделу кривичног поступка. Управо зато што у оваквом моделу суд не врши никакву контролу кривичног гоњења, а то значи ни одлуке о покретању истраге (ни одлуке о обустави истраге), било је потребно реформисати фазу стављања под оптужбу како би се предупредило евентуално неправилно и незаконито извођење окривљеног на главни претрес. То се постиже судском контролом оптужбе у свим кривичним стварима. Таква контрола оптужбе није раније била неопходна јер је истражни судија вршио контролу кривичног гоњења приликом покретања истраге. Пошто је истрага била по својој природи судска и фаза кривичног поступка, то значи да се пре подизања оптужбе вршила контрола покретања судског кривичног поступка у свакој кривичној ствари. Зато је у наредној фази контрола оптужбе могла бити препуштена иницијативи окривљеног, а ако те иницијативе не буде, контрола оптужбе могла је и изостати без штете по кривични поступак.

Сада кад суд не врши контролу покретања истраге, а сама истрага иако јавнотужилачке природе, фаза је кривичног поступка по изричитој законској норми, значи да кривични поступак започиње без икакве судске контроле гоњења. Из тог разлога, да би се заштитио окривљени, пре његовог извођења на главни претрес потребна је судска контрола оптужбе, јер тек након подизања оптужбе започиње судски кривични поступак. Укратко, потребна је контрола оптужбе, односно контрола покретања судског кривичног поступка, јер не постоји савремени тип кривичног поступка који започиње без контроле оптужбе. По подизању оптужнице, окривљени се не изводи на главни претрес без претходног испитивања оптужбе у погледу чињеничне заснованости и законитости.

На законодавцу је било да уведе неки већ постојећи модел подизања оптужбе и судске контроле оптужбе познат у савременим кривичним поступцима, да узме као основу неки од модела који су се јављали у историјском развоју нашег кривичног поступка, или да осмисли потпуно нову концепцију судске контроле оптужбе која би се вршила у свакој кривичној ствари. Приликом моделирања нове контроле било је потребно решити више значајних питања: најпре, ком судском органу да се повери, инокосном или зборном, судећем или судском органу који одлучује ван главног претреса; затим, у којој форми ће се одвијати контрола, на рочишту са учешћем странака, или у седници, само на основу списка; на крају, да ли суд овластити да пре

одлуке има ли места оптужби, може изводити доказе, по предлогу странака и по службеној дужности, или да контролу оптужбе врши само на основу списка.³²⁰

Законодавац се с разлогом определио за судску контролу оптужбе по службеној дужности, јер кад је истрага тужилачка, контрола оптужбе не би смела бити неизвесна, а она је таква у систему контроле оптужбе на иницијативу окривљеног. Овај други систем контроле био је основни у ранијем српском кривичном поступку: контрола се вршила по приговору окривљеног против оптужнице. У овом систему управо због неизвесности контроле, оптужница је могла ступити на правну снагу а да уопште није била предмет посебног испитивања од стране суд. То је било у случајевима кад одбрана не поднесе приговор. Ова уочена слабост претходног система превазилази се установљавањем судске контроле по службеној дужности.³²¹

Насупрот овом схватању, у упоредном праву постоје законодавства која су увела јавнотужилачку истрагу а нису установила контролу оптужбе по службеној дужности. Тако је аустријски законодавац последњом реформом³²² традиционално судску истрагу заменио јавнотужилачком, а није увео модел судске контроле оптужбе *ex officio* него контролу оптужбе на иницијативу окривљеног, установивши приговор против оптужнице.³²³ Такво решење може се правдати тиме што је законодавац окривљеном обезбедио значајну судску заштиту током претходног кривичног поступка, установљавајући у корист окривљеног делотворна правна средства, као што су приговор због повреде права (§106 StPO) и захтев за обуставу поступка (§108 StPO), од којих је ово друго правно средство по свом дејству слично приговору против оптужнице,³²⁴ само што се подноси у току истраге. То значи да суд може вршити контролу кривичног гоњења у истрази, па би зато контрола оптужбе могла изостати касније, након подизања оптужнице. И холандски законодавац је последњом реформом

³²⁰ О моделима судске контроле оптужбе којом се ова питања решавају на различите начине у упоредном праву, види: В. Ђурђић, „Нови ЗКП и контрола оптужбе“, *Ревивија за криминологију и кривично право*, 3 (20146), стр. 68-73.

³²¹ Гордана Лажетић-Бужаровска, „Оптужење према ЗКП Македоније – законска решења и практична искуства у њиховој примени“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 406.

³²² Аустријски законодавац је 2004. године усвојио савезни закон којим је реформисан Закон о кривичном поступку из 1975. године (Strafprozessreformgesetz – StPRG), пре свега претходни кривични поступак, који је ступио на снагу 2008. године. Види: Kurt Schmoller, „Aktualno stanje austrijskih kaznenoprocenih reformi“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, 1 (2004), стр. 244.

³²³ Предвиђена је дужност суда да по њеном пријему, оптужницу доставља окривљеном и при том га обавештава да има право да изјави приговор против оптужнице у року од 14 дана (види: §213. ст. 1. ЗКП-а Аустрије – StPO; доступан на адреси: <https://www.jusline.at/gesetz/stpo>)

³²⁴ Вид. Ante Novokmet, *Sudska kontyrola optužbe* (Zagreb: Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, 2015), стр.256.

након близу два века доминације судске истраге увео јавнотужилачку истрагу, а није увео контролу оптужбе по службеној дужности већ приговор против оптужнице.³²⁵ У холандском кривичном поступку судија за истрагу (не истражни судије) такође има значајна контролна овлашћења у истрази установљена с циљем да се допринесе успешном остварењу тежње за утврђивањем истине, па је између осталог, установљена и судска контрола целовитог и уравнотеженог истраживања.³²⁶

Док се избор контроле по службеној дужности нашег законодавца може позитивно оценити, то се не би могло рећи за начин операционализације овог модела. Законодавац је суштински задржао све одредбе из ранијег закона о фази стављања под оптужбу, поготову одредбе о контроли оптужбе, само је укинуо приговор против оптужнице, да би остала само контрола оптужбе по службеној дужности, и увео одговор на оптужницу, да би и ова фаза добила спољњи израз адверзијалног поступка. То је, у најмању руку, неубичајен приступ, да се нови, супротан модел стављања под оптужбу, моделира тако што се као основа узима стари модел, па се само „методом маказа“ исеца, односно укида оно што противречи основној идеји. Још једанпут је законодавац изневерио очекивања да ће концепцијски и нормативно изградити потпуно нов модел: прво се очекивало да ће јавнотужилачка истрага бити нормативно потпуно нова, а практично је само истражни судија замењен јавним тужиоцем; у фази оптужења очекивало се да ће бити изграђен потпуно нов систем контроле оптужбе, а опет су задржане старе одредбе, само је одстрањен приговор. Већ сам приступ законодавним променама имплиците нам указује да не треба очекивати суштинске, већ само формалне промене и да тежња законодавца изгледа није ни била да се постигне више од овог домета. Међутим, то што се нормативно није много изменило, не значи да се није променио сам положај јавног тужиоца. Зато ћемо у даље излагању објаснити основне установе и процесна правила ове фазе поступка посматрајући кроз призму промена

³²⁵ О приговору против оптужнице види чл. 262 ЗКП Холандије (*Wetboek van Strafvordering – Sv*), доступан на адреси: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/12/-Netherlands/show>. Иако, у холандском кривичном поступку на веома специфичан начин је уређено стављање под оптужбу, јер уопште нема фазе оптужења, а оптужба је до почетка главног претреса у потпуној власти јавног тужиоца. Поступак тече тако што се јавни тужилац, кад након спроведене истраге одлучи да окривљеног оптужи и изведе пред суд, обраћа председнику суда да одреди датум главног претреса (чл. 258. ст. 2). Потом јавни тужилац доставља позив окривљеном да се одређеног дана појави пред судом (чл. 258. ст. 1. Sv). Саставни део позива, поред осталих прописаних елемената, чини и оптужница (*tenlastelegging*). У року од осам дана од пријема позива, окривљени може изјавити приговор против оптужнице суду надлежном за суђење у првом степену (чл. 262. ст. 1. Sv). Опширније: Ildir Peci, „The Netherlands“, in *Toward a prosecutor for the European Union, Volume I, A Comparative Analysis*, ed. by Katalin Ligeti (Oxford and Portland, Oregon: Harth Publishing, 2013), pp. 98, 128.

³²⁶ Опширније: Ante Novokmet, *Sudska kontyrola optužbe* (Zagreb: Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, 2015), стр. 306-307.

положаја јавног тужиоца. Посебно је значајно сагледати како се један орган поступка, а то је сада јавни тужилац у истрази, од неког тренутка трансформише у кривичнопроцесну странку, и то равноправну!

2.2. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПОДИЗАЊА ОПТУЖНИЦЕ

2.2.1. Подизање оптужбе у искључивој власти јавног тужиоца

После спроведене истраге или без њеног спровођења, јавни тужилац подиже оптужницу кад оцени да су се стекле законске претпосваке за извођење окривљеног на главни претрес ради суђења. Подизањем оптужнице започиње фаза оптужења, односно стављања окривљеног под оптужбу. То је „тачка у којој кривично гоњење еволуира у оптужбу, као резултат јачања чињеничног супстрата на коме се оптужба темељи“.³²⁷

2.2.1.1. Законски услови

За разлику од уређења истраге, где је материјалани услов за поретање истраге слабији, односно блажи у односу на ранију судску истрагу, услови за подизање оптужнице су остали исти. Да би јавни тужилац подигао оптужницу, и даље је потребан виши³²⁸ степен сумње од оног за истрагу, тј. „оправдана сумња да је одређено лице учинило кривично дело“ које му се ставља на терет, а формални услов и даље је само подизање оптужнице (чл. 331. ст. 1). У Законнику о кривичном поступку из 2001. године коришћен је израз „довољно доказа“ (чл. 274. ст. 1. тач. 3) и „довољно основа за подизање оптужнице“³²⁹ (чл. 244. ст. 1), која се у теорији означавала изразом „вероватноћа“³³⁰ или „довољно основана сумња“³³¹. Разлика је утолико што је у сада важећем законнику дата законска дефиниција „оправдане сумње“. Законска дефиниција гласи: *"оправдана сумња" је скуп чињеница које непосредно поткрепљују основану*

³²⁷ В. Ђурђић, „Нови ЗКП и контрола оптужбе“, *Ревиија за криминологију и кривично право*, 3 (20146), стр. 65.

³²⁸ У старијој кривичнопроцесној литератури могу се наћи и мишљења да по ранијем закону није потребан виши степен сумње, већ да је за покретање истраге и за подизање оптужнице потребан исти степен сумње – „основана сумња“. Види: Vladimir Bayer, *Jugoslavensko krivično procesno pravo I* (Zagreb: Školska knjiga, 1980), стр. 126; Zagorka Jekić, *Krivično procesno pravo SFRJ* (Beograd: Privredna štapa Beograd, 1983), стр. 264.

³²⁹ И у немачком ЗКП овај материјални услов је формулисан као „довољно основа за подизање оптужнице“ (види: § 170. ст. 1. StPO).

³³⁰ Види: Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ* (Београд: Савремена администрација, 1981), стр. 315. Ђорђе Лазин, *"Ин дубио про рео" у кривичном поступку* (Београд: Научна књига Београд, 1985), стр. 22-27.

³³¹ Има аутора који изједначавају појмове „вероватноћа“ и „довољно основана сумња“, види: В. Ђурђић, *Кривично процесно право - посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2011), стр. 77.

сумњу и оправдавају подизање оптужбе (чл. 2. ст. 1. тач. 18). Ова дефиниција, као и других степена сумње, критикована је као погрешна и непотребна јер је то задатак процесне теорије и судске праксе,³³² па је сувишно и неуобичајено да буде предмет законске регулативе.³³³

Законске дефиниције стапена суње имале би смисла уколико би представљале помоћ у практичној примени прописаних услова приликом покретања истраге, односно подизања оптужбе. Међутим, у правосудној пракси законска дефиниција није наишла на позитиван одјек, јер се сматра да законодавац на јасан начин не дефинише оправдану сумњу него то оставља судској пракси, „свестан да ће се судска пракса суочити са бројним проблемима“ при тумачењу законске одредбе којом је дефиниција установљена.³³⁴ Зато се и поред изграђене законске дефиниције довољно основане сумње, у пракси тужиоци ослањају на традиционално схватање кад постоји овај степен сумње. У самој јавнотужилачкој пракси се у сваком конкретном случају даје само оцена квантитета прикупљених доказа и тако утврђује постојање довољности доказа потребне за овај степен сумње.³³⁵ То указује да је судска пракса „већ прибегла нечему што не указује да приликом испитивања оптужнице може да иде даље од квантитативног преиспитивања доказа.“³³⁶

Поводом материјалног услова за подизање оптужбе, као позитивно треба оценити то што је законодавац јасно исказао да је реч о вишем степену сумње од основане сумње, за разлику од ранијег законског решења где се то назирало из употребљених израза „довољно доказа да је окривљени основано сумњив“ и „довољно основа за подизање оптужнице“, што је у правосудној пракси могло изазвати недоумице. Степене уверења о делу и учиниоцу сада законодавац конзистентно везује за појам сумње. Он користи изразе „основи сумње“, „основана сумња“ и „довољно

³³² С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 565.

³³³ Критику законских дефиниција степена сумње види код: М. Грубач, „Нове устанпове и нова решења ЗКП Србије из 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 471; М. Шкулић – Г. Илић, *Реформа у стилу "један корак напред - два корака назад"* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2012), стр. 471; С. Бркић, „Новине у регулисању скраћеног поступка у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник Правног факултета у Ново Саду*, 2 (2013), стр. 222. и 223.

³³⁴ Крсман Илић, „Оптужење као инструмент државне реакције на криминалитет“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 16.

³³⁵ Борица Митић, „Подизање оптужнице (материјални услов и рок подизања)“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 189.

³³⁶ К. Илић, „Оптужење као инструмент државне реакције на криминалитет“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 16.

основана сумња“, што недвосмислено указује на прогресију, па је јасно да је довољно основана сумња виши степен од основане сумње. У том погледу, то је са становишта његовог положаја у кривичном поступку, утолико помоћ јавном тужиоцу што његово уверење о делу и учиниоцу треба да буде вишег степена него кад предлаже одређивање притвора.

Интересантно је македонско решење материјалног услова за подизање оптужнице, према коме јавни тужилац припрема и подноси оптужницу у надлежном суду након што оцени да постоје довољно доказа *од којих се може очекивати да суд донесе осуђујућу пресуду*,³³⁷ што уствари значи да је јавни тужилац убеђен да ће кривицу успети доказати у току главне расправе ван сваке разумне сумње (*beyond a reasonable doubt*).³³⁸ Овакво схватање степена сумње потребног за подизање оптужнице може се наћи и у старијој кривичнопроцесној литератури, где су поједини аутори сматрали да окривљени треба да буде толико сумњив „да се може очекивати да ће бити осуђен“. ³³⁹ Ово решење из упоредног права и теоријско схватање смо навели, јер мислимо да може послужити јавним тужиоцима у пракси приликом сумарне оцене доказног материјала прикупљеног у истрази.

Када је реч о подизању непосредне оптужнице, материјални услов је остао исти, само је изостављен поступак контроле подизања оптужбе без спровођења истраге (о чему ће у наставку бити детаљније излагано). Према закону, „ако прикупљени подаци о кривичном делу и учиниоцу пружају *довољно основа за оптужење*, оптужница се може подићи и без спровођења истраге“ (чл. 331. ст. 5). Одмах се може запазити да законодавац не користи исте термине за означавање материјалног услова за подизање оптужнице после спроведене истраге и за подизање непосредне оптужнице. Међутим, логично је да материјални услов за покретање судског кривичног поступка буде исти и кад је спроведена истрага и кад није, па самим тим и за подизање оптужнице. За покретање судског кривичног поступка битан је квантитет и квалитет доказног материјала на коме се темељи оптужба, а не фазе кроз које је поступак прошао до

³³⁷ Законска норма гласи: „По завршетку истражног поступка када јавни тужилац утврди да постоји довољно доказа од којих се може очекивати доношење осуђујуће пресуде, припрема и подноси оптужни акт надлежном суду“ (чл. 319. ст. 1. ЗКПМ)

³³⁸ Гордана Лажетић-Бужаровска, „Оптужење према ЗКП Македоније - законска решења и практична искуства у њиховој примени“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 410.

³³⁹ Метод Доленц, *Теорија судског кривичног поступка* (Београд: Издавачка књижница Геце Кона Београд, 1933), стр.187.

подизања оптужбе. Из тога следи закључак да појам „оправдана сумња“ има исто значење као и „довољно основа“ за подизање оптужнице.

2.2.1.2. *Поступак подизања оптужнице*

Сам поступак подизања оптужнице уређен је нешто другачије него кад је истрага била судска, пошто сада суд нема никаквих ингеренција у истрази (изузев када треба ограничити неко зајемчено право). По завршеној истрази, јавни тужилац треба да подигне оптужницу у року од петнаест дана, с тим што овај рок може бити продужен у нарочито сложеним кривичним стварима. Управо је продужење и непоштовање рока за подизање оптужнице различито уређено него у ранијим прописима. Према старом законику, о продужењу рока за подизање оптужнице одлучивало је ванпретресно веће, на предлог јавног тужиоца, а рок је могао бити продужен највише за још петнаест дана,³⁴⁰ а за случај да пропусти прописане рокове, био је дужан да о томе обавести вишег јавног тужиоца.³⁴¹ Сада се продужење рока за подизање оптужнице у потпуности решава унутар јавног тужилаштва, а уведен је и изврстан поступак контроле поштовања овог рока од стране одбране и оштећеног.

Рок за подизање оптужнице се може продужити за још 30 дана у нарочито сложеним предметима, али је за то потребно одобрење непосредно вишег јавног тужиоца (чл. 331. ст. 2). То претпоставља да нижи јавни тужилац који поступа у предмету, пре истека основног рока, затражи одобрење вишег јавног тужиоца.

У случају непоштовања рока за подизање оптужнице више се не предвиђа обавеза да се о разлозима пропуштања рока обавести виши јавни тужилац. Уместо тога, установљен је приговор одбране и оштећеног вишем јавном тужиоцу. У случајевима кад јавни тужилац не подигне оптужницу а не одустане од кривичног гоњења у року за подизање оптужнице, окривљени, његов бранилац и оштећени имају право да поднесу приговор непосредно вишем јавном тужиоцу у року од осам дана по истеку овог рока, а ако оштећени није обавештен о завршетку истраге за њега тај рок износи три месеца од момента доношења наредбе о завршетку истраге (чл. 331. ст. 3).

На први поглед, давање овлашћења одбрани да изјави приговор због непоштовања рока за подизање оптужнице, изгледа нелогично, јер се чини као да

³⁴⁰ Види чл. 257. ст. 2. и 3. ЗКП из 2001. године.

³⁴¹ Види чл. 257. ст. 4. ЗКП из 2001. године.

окривљени и његов бранилац треба да се жале и изазову одлуку „на своју штету“.³⁴² Међутим, установљивање овог приговора у њихову корист има смисла, с једне стране, да би окривљени предупредио одуговлачење поступка и остварио своје право на суђење у разумном року, и с друге стране, да би скратио „рок за размишљање“³⁴³ јавном тужиоцу и тиме га притиснуо да одустане од гоњења.

Оштећени има интерес да изјави приговор због неподизања оптужнице у законском року, јер тиме покушава да издејствује подизање оптужбе, што се и остварује ако приговор буде усвојен. У супротној ситуацији, ако виши тужилац донесе решење којим одбија приговор оштећеног, он не може постати супсидијарни тужилац, а против тог решења нема право жалбе суду.³⁴⁴

Кад усвоји приговор, виши јавни тужилац својим решењем издаје обавезно упутство поступајућем јавном тужиоцу да подигне оптужницу у одређеном року, који не може бити дужи од 30 дана (чл. 331. ст. 4). На тај начин се поштовање рока за подизање оптужнице решава унутар јавнотужилачке организације. Практичари сматрају да ће контрола од стране непосредно вишег тужиоца над радом по хијерархији нижег тужиоца, „свакако утицати на отклањање неажурног и неблаговременог поступања тужиоца“.³⁴⁵ Поред тога, указује се да Закон о јавном тужилаштву не познаје обавезно упутство због пропуштања рока за подизање оптужнице, те би га требало ускладити са процесним закоником.³⁴⁶

Пропуштање рока за подизање оптужнице, осим обавезе покретања унутрашње контроле рада јавног тужиоца, не производи никакве процесне последице. По својој природи то је инструктивни рок за јавног тужиоца. И поред увођења адверзијалног главног претреса, задржан је традиционални положај јавног тужиоца кад је у питању поштовање рока за подизање оптужнице. У адверзијално обликован поступак јавни тужилац се уводи са старим схватањем законодавца о јавном тужилаштву као

³⁴² М. Шкулић – Г. Илић, Нови Законик о кривичном поступку Србије - како је пропала реформа (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2012)стр. 146.

³⁴³ М. Шкулић, *Кривично процено право*, Седмо измењено и дупуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 348.

³⁴⁴ У немачком кривичном поступку кад јавни тужилац не усвоји предлог оштећеног за подизање јавне тужбе или кад обустави истрагу, оштећени има право да се обрати претпостављеном лицу у јавном тужилаштву. Против негативне одлуке претпостављеног тужиоца, оштећени има право да затражи одлуку суда (§ 172 StPO). Ако суд оцени да је захтев оштећеног основан, донеће одлуку о подизању оптужнице, за чије је спровођење надлежно тужилаштво (§ 172 StPO).

³⁴⁵ (Митић, 2014), стр. 193.

³⁴⁶ Горан Илић, „Тужилаштво совјетско, поступак амерички“, у: М. Шкулић – Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије - како је пропала реформа* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2012)стр. .145, фуснота

државном органу који је надлежан да кривично гони и стара се о законитости, а не као странке која у судском кривичном поступку заступа јавну кривичну тужбу. У домену кривичног гоњења и подизања оптужбе, јавни тужилац остаје неприкосновен: он одлучује када ће завршити истрагу и у ком року од завршетка истраге ће подићи оптужбу, независно од законских рокова. Очито је да законодавац у овој фази поступка још увек не третира јавног тужиоца као кривичнопроцесну странку, за разлику од приватног тужиоца. При таквој концепцији положај јавног тужиоца далеко је повољнији од положаја који би имао као проста кривичнопроцесна странка, што указује на његову моћ у вршењу функције кривичног гоњења. Непоштовање законског рока за подизање оптужнице без икакве штете по оптужбу и без процесних последица, први је симптом који имплицира неравноправност странака. Насупрот томе, већ од подизања оптужбе у класичном адверзијалном кривичном поступку и заступник јавне кривичне тужбе морао би имати само положај кривичнопроцесне странке, а не и државног органа, што је карактеристика мешовитог типа кривичног поступка.

Поводом положаја јавног тужиоца након подизања оптужнице, интересантно је законско решење аустријског законодавца. Иако је извршена само реформа претходног кривичног поступка, а судски поступак није уређен на адверзијалним принципима већ је задржан мешовити тип главног поступка, аустријски законодавац изричито прописује да јавни тужилац са достављањем оптужнице суду постаје кривично процесна странка.³⁴⁷

2.2.1.3. Ограничење располагања оптужбом

Јавни тужилац подноси оптужницу ванпретресном већу надлежног суда, у законом прописаној форми, и уз њу доставља списе предмета. Од момента њеног подизања па до потврђивања оптужнице, јавни тужилац не диспонира оптужбом. Наш законодавац не предвиђа могућност одустајања од оптужнице пре потврђивања оптужнице, за разлику од ранијег решења према којем је јавни тужилац у сваком тренутку кривичног поступка, независно од фазе или стадијума поступка, могао да одустане од гоњења, односно од оптужбе³⁴⁸. Да јавни тужилац не може одустати од оптужнице пре њеног потврђивања, произилази из одредби о преузимању кривичног гоњења, кад се доведу у везу са одредбом о одустанку од кривичног гоњења после

³⁴⁷ Одредба гласи „Подизањем оптужнице покреће се главни поступак, за који је надлежан суд. Јавни тужилац постаје странка у поступку“ (§210 ст. 2 StPO Аустрије).

³⁴⁸ Види чл. 61. ст. 3. ЗКП из 2001. године.

завршетка истраге. Из одредбе члана 310. ст. 4, која гласи „ако јавни тужилац по завршетку истраге одустане од кривичног гоњења ...“, произилази да то може учинити до подизања оптужнице, јер у том моменту гоњење еволуира у оптужбу, па од тада може одустати само од оптужбе а не од гоњења. Нема одредби о одустанку од оптужбе након подизања оптужнице него тек после њеног потврђивања. Одустанак од оптужбе у законским одредбама везује се за њено потврђивање. Одредба гласи „Ако *након потврђивања оптужнице* јавни тужилац изјави да одустаје од оптужбе ...“ (чл. 52. ст. 1).

Закључак би био да се оптужба у интервалу после подизања а пре потврђивања оптужнице, налази у некој врсти „вакуума“ – оптужба није у власти јавног тужиоца, па не може одустати од поднете оптужнице, нити суд може обуставити поступак ако јавни тужилац ипак изјави да одустаје од оптужбе. Таква законска регулатива је противна начелу легалитета и мутабилитета оптужбе, а недостају одредбе како треба да поступа јавни тужилац ако у том периоду настане нека трајна и неотклоњива правна сметња, а како суд, изузев у случају смрти окривљеног, која узрокује обуставу поступка по чл. 20. ЗКП. Остаје једино да се у случајевима кад у овом периоду настане неки разлог за обуставу поступка, закаже седница ванпретресног већа по поднетој оптужници и донесе решење о обустави поступка. Нејасно је међутим који је рачио овакве законске регулативе. По свему судећи, писци закона нису имали идеју како да реше супсидијарну тужбу, заробљени сопственим ставом да је допусте тек пошто оптужница стане на правну снагу, односно буде потврђена. Са тог полазишта, да су дозволили одустанак јавног тужиоца од поднете оптужнице, не би могли аргументовано да бране став зашто не би била допуштена супсидијарна тужба пре потврђивања оптужнице. Концепцијски би наиме било тешко одрживо решење да оштећени због одустанка јавног тужиоца од оптужбе (не од гоњења) не би могао постати супсидијарни тужилац до момента потврђивања оптужнице, а од тог момента то било би допуштено, пошто се у обе ситуације ради о оптужници, о истом степену сумње и о одустанку од оптужбе.

У погледу момента могућег одустанка јавног тужиоца од оптужног акта, законодавац је недоследан, јер у општој форми не допушта јавном тужиоцу да одустане од оптужбе док не започне судски кривични поступак, а у посебној, сумарној форми то допушта. Наиме, за разлику од редовног кривичног поступка, за сумарни поступак је предвиђено да јавни тужилац може одустати *од кривичног гоњења до одређивања главног претреса или рочишта* за изрицање кривичне санкције, што значи после

подизања оптужног акта а пре његовог ступања на снагу и сами тим, пре започињања судског кривичног поступка, а од *оптужбе* тек по ступању оптужног акта на правну снагу, тј. од одређивања па до завршетка главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције.³⁴⁹ На исти начин требало је регулисати подизање и одустанак од кривичног гоњења, односно од оптужбе у редовном кривичном поступку, што би било рационално и допринело би кохерентности законика.

За разлику од нашег законског решења, у упоредном праву је правило да јавни тужилац може одустати од оптужбе у било ком процесном тренутку, па и пре него оптужница стане на правну снагу, независно од тежине кривичног дела и форме кривичног поступка која се оптужбом покреће..

У Македонији принцип мутабилитета омогућава јавном тужиоцу да одустане од оптужнице *пре доношења одлуке о њеној основаности*,³⁵⁰ па кад јавни тужилац о томе обавести судију, односно веће за оцену оптужнице, судија односно веће је дужно да донесе решење о обустави кривичног поступка.³⁵¹ У Црној Гори је такође усвојен принцип мутабилитета³⁵² и закоником је предвиђено да државни тужилац може одустати од оптужбе до завршетка главног претреса.³⁵³

По питању начела мутабилитета оптужбе, интересантно је решење у процесним законодавствима Босне и Херцеговине и Хрватске. Ова законодавства познају два вида располагања оптужбом након подизања оптужнице: а) повлачење оптужнице и б) одустанак од оптужбе, али се први вид концепцијски и суштински разликује.

У законодавствима БиХ разлика између ова два вида располагања везује се за моменат у коме тужилац располаже оптужбом: повлачење оптужнице могуће је до почетка главног претреса, а након тога тужилац може да одустане од оптужбе. Тако, према законском решењу у Републици Српској, тужилац је овлашћен да повуче оптужницу до потврђивања оптужнице, а након тога, најдаље до почетка главног претреса, само уз сагласност судије за претходно саслушање.³⁵⁴ Сагласност судије се испољава као ограничење располагања јавном кривичном тужбом, односно као

³⁴⁹ Види чл. 497. ст. 1. ЗКП Србије.

³⁵⁰ Одредба о одустанку од оптужбе гласи „Јавни тужилац може да одустане од оптужног акта пре доношења одлуке о његовом одобравању“ (чл. 341. ст. 1. ЗКП М).

³⁵¹ Г. Лажетић-Бужаровска, „Оптужење према ЗКП Македоније - законска решења и практична искуства у њиховој примени“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и пра, стр. 410.

³⁵² Drago Radulović, *Krivično procesno pravo* - (Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, 2015), стр. 68.

³⁵³ Види чл. 50. ЗКП Црне Горе.

³⁵⁴ Види чл. 247. ЗКП Републике Српске.

ограничење начела мутабилитета. У оба случаја, без обзира да ли тужилац повуче оптужницу пре или после њеног потврђивања, судија за претходно саслушање доноси решење о обустави кривичног поступка.³⁵⁵ Кад јавни тужилац након почетка главног претреса одустане од оптужбе, доноси се пресуда којом се оптужба одбија.

У Хрватској постоји суштинска разлика између повлачења и одустајања од оптужнице. Државни одвјетник може повући оптужницу пре него је потврђена, али против истог окривљеног може подићи нову измењену оптужницу, у редовном поступку у року од дванаест месеци, а у сумарном у року од шест месеци, и то без понављања поступка.³⁵⁶ Ако државни одвјетник одустане од оптужбе након потврђивања оптужнице, доноси се решење о обустави поступка до почетка главног претреса, а након тога пресуда којом се оптужба одбија.³⁵⁷

Имајући у виду наведена законска решења из упоредног права, можемо закључити да је од подизања оптужнице до њеног потврђивања најрадикалније ограничено располагање оптужбом у нашем законодавству, пошто за тај део поступка уводи начело имутабилитета. Нешто блаже је ограничење у законодавствима Босне и Херцеговине, и то након потврђивања оптужнице до почетка главног претреса, пошто је у тој фази поступка, располагање оптужбом условљено претходном сагласношћу суда. Осим што је у нескладу са начелом оптужбе, као основним начелом кривичног поступка, свако ограничење могућности да јавни тужилац одустане од оптужбе, у извесном смислу слаби његов процесни положај и испољава се као неки вид „изнуђивања“ оптужбе.

2.2.2. Самостално одлучивање о непосредној оптужби, без сагласности суда

Под непосредном оптужбом подразумевамо подизање оптужног акта без претходно спроведене истраге. С тим у вези, најпре треба констатовати да у српском кривичном поступку данас не постоје кривична дела за која је по закону обавезна истрага, као што је било у историјском развоју³⁵⁸ и као што је случај у неким

³⁵⁵ М. Simović – V. Simović, *Krivično procesno pravo II* (Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo, 2018), стр. 134. и 135.

³⁵⁶ Види чл. 365. ЗКП Хрватске.

³⁵⁷ Види: В. Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo* (Rijeka: 2010), стр. 339 i 157.

³⁵⁸ У ЗКП-у Краљевине Југославије истрага је била обавезна „за злочинство за које закон прописује смртну казну или казну вечите робије“ или је суду остављен избор између ових казни (§ 97 ст. 1.); Опширније види: Михаило Чубински, *Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије од 16. фебруара 1929. године* (Београд: Издавачка књижарница Геце Кона, 1933), стр. 239.

савременим законодавствима³⁵⁹ у упоредном праву. Начин подизања оптужбе код нас најпре зависи од форме, односно врсте кривичног поступка. У сумарном поступку који се води за кривична дела са прописаном новчаном казном и казном затвора до осам година, оптужба се увек подиже непосредно, јер у структури ове посебне форме кривичног поступка уопште нема фазе истраге, с тим што се пре покретања поступка могу спровести поједине доказне радње.³⁶⁰ Кад је реч о редовном кривичном поступку, који се води за кривична дела са запрећеном казном преко осам година затвора, подизање непосредне оптужнице је само могуће, а не зависи од тежине кривичног дела већ од тужиочеве оцене података и расположивих извора доказа о делу и учиниоцу прикупљених у предистрази.

Непосредна оптужба је кривичнопроцесни институт који традиционално постоји у српском кривичном процесном законодавству. Још је Закоником о судском кривичном поступку Краљевине Југославије из 1929. год. било предвиђено да се оптужница могла подићи на два начина: непосредно и посредно,³⁶¹ и та је могућност остала као део традиције до данашњих дана.³⁶²

Подизање непосредне оптужнице док је истрага била судска било је уређено другачије него данас. Према раније важећем законикау, у редовном кривичном поступку постојала су два режима непосредног оптужења: 1) за лакша кривична дела за која је била запрећена казна затвора од пет до осам година, о подизању непосредне оптужбе одлучивао је сам јавни тужилац, без икаквог уплива суда; и 2) за кривична дела за која је била прописана тежа казна од осам година затвора, да би јавни тужилац подигао оптужницу, била му је потребна претходна сагласност истражног судије.³⁶³ У сумарном кривичном поступку, у коме уопште није било истраге, непосредна оптужба се

³⁵⁹ Кривична дела за која је обавезно спровођење истраге предвиђена су процесни закоником Хрватске. Истрагу државни одвјетник мора спровести кад постоји основана сумња да је окривљени учинио кривично дело за која је прописана казна затвора тежа од петнаест година или казна дуготрајног затвора, а такође и у случајевима кад постоји основана сумња да је окривљени учинио кривично дело у стању неурачунљивости, без обзира на прописану казну (чл. 216. ст. 2 ЗКП Хрватске).

³⁶⁰ Види чл. 499.

³⁶¹ Према § 302 ст. 1. ЗКП Краљевине Југославије „по извршеном *извиђају* или *истрази*“ даљи поступак се „продужује“ само по поднетој оптужници овлашћеног тужиоца. Ако се оптужница подноси на основу самих извиђаја или саме пријаве, то је непосредна оптужница. Види: (Чубински, 1933), стр. 364; Божидар Марковић, *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије* (Београд: Народна Штампарија, 1930), стр. 472.

³⁶² Опширније о историјату непосредне оптужбе, види: Станко Бејатовић, „Непосредна оптужница као инструмент државне реакције на криминалитет“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитете* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 258-261.

³⁶³ Види чл. 244. ст. 6 (за први режим) и чл. 244. ст. 1. (за други режим непосредне оптужбе) ЗКП-а из 2001. године.

подизала за сва кривична дела за која се водио овај посебни поступак, а оптужба је била у искључивој власти јавног тужиоца.

Према важећем процесном закону, након предистражног поступка, сагласно принципу акузаторности, искључиво од диспозиције јавног тужилаца зависи да ли ће покренути истрагу или не, а кад је спроведе, у ком моменту ће одлучити да је истрага завршена. Када ће јавни тужилац одлучити да не спроведе истрагу већ да подигне непосредну оптужбу, фактичко је питање, које се цени према околностима сваког конкретног случаја. Номинално, кад „прикупљени подаци о кривичном делу и учиниоцу пружају довољно основа за оптужење, оптужница се може подићи и без спровођења истраге“ (чл. 331. ст. 5).

Подизање непосредне оптужнице суштински се не разликује од подизања посредне, обичне оптужнице после спроведене истраге: овлашћени тужилац је исти, то може бити само јавни тужилац; материјални услов је исти, само је изражен синтагмом „довољно основа за оптужење“, која има исто значење као „оправдана сумња“, како смо напре објаснили; и садржај оптужнице је исти. С обзиром на то, као што сам одлучује о покретању истраге, тако је у искључивој власти јавног тужиоца да подигне непосредну оптужницу, без икаквих додатних законских услова и без садејства суда.

Постоје само формалне разлике, у погледу рока за подизање оптужнице и врсте одлуке која се доноси у поступку контроле оптужбе кад суд оцени да нема места покретању судског кривичног поступка. Док је за подизање оптужнице после спроведене истраге прописан рок од петнаест дана од завршетка истраге, за подизање непосредне оптужнице није прописан никакв рок. Ипак, ако се узме у обзира да постоји рок за покретање истраге у случајевима кад неку доказну радњу предузме полиција у предистрази, који износи 30 дана, то је посредно и рок у коме јавни тужилац одлучује о подизању непосредне оптужнице у случајевима кад сматра да није потребно спровођење истраге. Међутим, у излагању о покретању истраге већ смо објаснили да је то инструктивни рок, у коме би јавни тужилац требало да донесе наредбу о покретању истраге, па самим тим и инструктивни рок за подизање непосредне оптужнице. Пошто је инструктивног карактера, прекорачење рока не спречава јавног тужиоца да подигне непосредну оптужницу и по његовом истеку. У погледу врсте одлуке која може бити донета у поступку судске контроле оптужбе, може се констатовати да поводом непосредне оптужнице није могуће да суд донесе решење да нема места оптужби и да се поступак обуставља. Из истих тих разлога због којих би требало обуставити

кривични поступак по оптужници после спроведене истраге, у поступку контроле непосредне оптужнице доноси се решење којим се оптужба одбија.³⁶⁴ Разлог је законско одређење почетка кривичног поступка и схватње писаца закона шта се сматра кривичним поступком. Законик наине предвиђа да редовни кривични поступак започиње доношење наредбе о спровођењу истраге или потврђивањем оптужнице (чл. 7. ст. 1. тач. 1. и 2). Код непосредне оптужнице пре њеног подизања није било истраге па самим тим ни започетог кривичног поступка па се поступак не може ни обуставити пошто није ни започео. Зато је концепцијски доследно да се по непосредној оптужници оптужба одбија кад суд утврди да постоји неки од разлога за обуставу поступка.

Из законских одредаба о условима за подизање непосредне оптужнице и поступку по таквој оптужници, општи закључак би био да је *јавни тужилац апсолутни господар подизања непосредне оптужнице*, имајући у виду да је материјални услов исти као кад се оптужница подиже после истраге, па јавни тужилац сам оцењује којим ће путем кренути, у правцу посредне или непосредне оптужбе, затим, да нема неких посебних законских услова за непосредно оптужење, и на крају, да за непосредну оптужбу јавном тужиоцу није потребна никаква сагласност суда. Оваквом регулативом, подизање непосредне оптужнице постаје *слободно од сваке спољашње контроле*, која би могла бити иницирана од стране окривљеног или оштећеног, или вршена од стране суда по службеној дужности, што је у хармонији са начелом оптужбе, на коме почива савремени кривични поступак. Постављањем тако широке самосталности за подизање непосредне оптужнице, *одговорност за успех непосредне оптужбе пренета је искључиво на јавног тужиоца*. Због тога јавни тужилац треба да води рачуна о дејству начела *ne bis in idem* ако се одлучи за непосредну оптужницу након оцене доказног материјала. Његов је задатак сада далеко комплекснији и одговорнији, а састоји се у томе да у сваком конкретном случају што објективније процени колики је његов „ризик“ за евентуални процесни неуспех,³⁶⁵ који непосредна оптужница објективно ствара. После правноснажности судске одлуке о одбијању непосредне оптужнице, јавни тужилац нема законске могућности да против истог лица подигне оптужницу, макар се појавили и нови докази.³⁶⁶ С друге стране, понављање кривичног поступка на штету окривљеног

³⁶⁴ Види чл. 339. ст. 1. ЗКП.

³⁶⁵ М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2011), стр. 775-776.

³⁶⁶ С. Бејатовић, „Непосредна оптужница као инструмент државне реакције на криминалитет“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитете* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 262.

по закону није могуће, па је у тој ствари поступак дефинитивно окончан против конкретног окривљеног за дело које му је је било стављено на терет непосредном оптужницом. Зато у пракси непосредну оптужницу треба подизати само у оним случајевима када прикупљени докази могу готово самостално, без икаквих других доказа представљати основ за пресуду.³⁶⁷

2.3. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ КОНТРОЛЕ ОПТУЖБЕ

Контрола оптужбе схваћене у ужем смислу састоји се у испитивању оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес.³⁶⁸ Контрола "оправданости" оптужбе састоји се из судског испитивања и оцене основаности оптужбе до одређеног степена сумње, а контрола законитости оптужбе обухвата испитивање и оцену законских услова, односно правних сметњи за изношење кривичне ствари на главни претрес.³⁶⁹ Функција је контроле оптужбе да независно и непристрасни судски орган одлучи о допуштености и нужности даљег кривичног гоњења окривљеног за кривично дело које му се оптужницом ставља на терет.³⁷⁰ Судска контрола штити окривљеног од неутемељеног и неправедно упућивања предмета у стадијум главног претреса.³⁷¹ Контрола оптужбе не сме да се претвори у пресуђење пре главног претреса, па се задатак суда своди да реши може ли се уопште судити окривљеном,³⁷² а да ли ће бити осуђен, одлучује се на главном претресу.

2.3.1. Функционална надлежност за вршење контроле оптужбе

Оптужницу сачињену у законом прописаној форми, заједно са списима предмета, јавни тужилац доставља надлежном суду, у коме се предмет упућује председнику ванпретресног већа. Оптужница се подноси ванпретресном већу надлежног суда у онолико примерака колико има окривљених и њихових бранилаца и један примерак за суд. Као и раније, у нашем кривичном поступку, кад се ради о кривичним делима са запређеном казном преко осам година затвора, за која се води редовни кривични поступак, судску контролу оптужбе врши ванпретресно веће (чл. 333). За разлику од редовног поступка, у сумарном кривичном поступку, који се води за

³⁶⁷ Ivo Špančić, „Neposredna optužnica“, *Bilten pravne službe JNA*, 2-3 (1990), str. 88.

³⁶⁸ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 97.

³⁶⁹ Ibidem.

³⁷⁰ С. Roxin – В. Schünemann, *Strafverfahrensrecht* (München: Verlag C. H. Beck, 2009), str. 304.

³⁷¹ W. Beulke, *Strafprozessrecht* (Heidelberg: C. F. Müller Verlag, 2005), str. 205.

³⁷² Види: Михајло С. Строгович, *Курс советског уголовного процеса, том II* (Москва: Наука, 1970), стр. 181 и 182..

кривична дела са запрећеном новчаном казном и казном затвора до осам година, оптужни акт се доставља судији појединцу који врши судску контролу (чл. 501), а касније пресуђује ту кривичну ствар.³⁷³

У погледу судског органа у чију функционалну надлежност је стављена контрола оптужбе, у упоредном праву постоје различита решења. Контролу оптужбе врше различити судски органи у инокосном или зборном саставу, зборни састав могу чинити (1) само судије по позиву, тј. професионалне судије или (2) и судије поротници и професионалне судије (који чине мешовито веће) или (3) само поротници.³⁷⁴ Инокосни састав суда функционално надлежан за контролу оптужбе карактеристичан је за Русију³⁷⁵ и Бугарску³⁷⁶, у којима контролу врши инокосни судија, и законодавства БиХ, у којима контролу врши судија за претходни поступак.³⁷⁷ Зборни састав суда сачињен искључиво од професионалних судија (тзв. ванпретресно веће), установљен је у црногорском³⁷⁸ и новом српском кривичном поступку. У хрватском процесном законодавству у поступку судске контроле оптужбе јавља се и инокосни (судија истраге), који врши формално испитивање оптужнице, и зборни састав суда (оптужно веће).³⁷⁹ У немачком кривичном поступку судеће³⁸⁰ веће је и данас судски орган који испитује оптужбу и одлучује да ли ће се отворити главни претрес.³⁸¹ Контрола оптужбе од стране поротног суда, тзв. "велика порота", која је била карактеристична за енглески кривични поступак, задржала се до данашњих дана у неким америчким државама.

³⁷³ Слично је уређена контрола оптужбе у македонском кривичном поступку: контролу оптужбе врши судија појединац, за кривична дела са запрећеном казном до десет година затвора, и оптужно веће, тачније „веће за оцену оптужног акта“, које врши контролу оптужбе за тежа дела, са запрећеном казном затвора преко десет година (види чл. 320. ЗКП Македоније).

³⁷⁴ Војислав Ђурђић, „Контрола оптужбе - систем контроле оптужбе и одлуке“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014а), стр. 232.

³⁷⁵ *Уголовно-процесуално право Российской федерации*, ур. Лупинская П. А. (Москва: Юрист, 2004), стр. 447.

³⁷⁶ Стефан Павлов, *Наказателен процес на Народната Република Българија, Особена част* (Софија: Наука и изкуство, 1997), стр. 88.

³⁷⁷ За Републику Српску види: Miodrag Simović – Vladimir Simović, *Krivično procesno pravo II* (Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo, 2018), стр. 117.

³⁷⁸ D. Radulović, *Krivično procesno pravo -* (Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, 2015), стр. 277.

³⁷⁹ Види: В. Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo* (Rijeka: 2010), стр. 327-334.

³⁸⁰ Судеће веће је карактеристичан састав судског органа који је вршио контролу оптужбе у кривичном процесном законодавству СССР-а (Опширније: Михајло С Строгович, *Курс советског уголовного процеса, том II* (Москва: Наука, 1970), стр. 181-189), а такође и НР Бугарске у том периоду (Опширније: Стефан Павлов, *Наказателен процес на Народната Република Българија* (Софија: Наука и изкуство, 1979) стр. 554-556). За решења социјалистичких земаља из тог времена види: В. П. Божјев, *Уголовни процес в европейских социјалистических государствах* (Москва: Юридическая литература, 1978), стр. 216-231. О учешћу и улози јавног тужиоца на припремом заседању види: В. М. Савицкий, *Очерк теории прокурорского надзора* (Москва: Наука, 1975), стр. 226-241.

³⁸¹ Види §199. СтПО.

За нашег законодавца може бити интересантно решење у хрватском кривичном поступку, где контролу оптужбе у свакој кривичној ствари врше два судска органа. Најпре, формалну исправност оптужнице, постојање записника који би се морали издвојити и друге разлоге због којих би се могла одбацити оптужница, испитује председник оптужног већа (чл. 344), а потом, формално исправна оптужница подлеже контроли оптужног већа. Оваква организација контроле оптужнице чини се рационалном, јер оптужно веће не мора два пута да заседа, нпр. у случају да је оптужница формално неисправна, једном да би утврдило формалну неисправност, а потом по исправљеној оптужници да би испитало може ли се окривљени извести на главни претрес. Прихватљива је идеја да о формалној исправности оптужнице одлучује инокосни састав суда, што би могао бити председник ванпретресног већа, јер је рационално и допринело би убрзању поступка. Поред формалне исправности, и одлучивање о ненадлежности суда поводом поднете оптужнице могло би бити у функционалној надлежности инокосног састава суда. За остале одлуке које у хрватском поступку контроле оптужбе спадају у надлежност инокосног састава суда, не би се могло рећи да се њима решавају формална питања везана за оптужбу. Због такве њихове природе она треба да буду у надлежности зборног, колегијалног органа. Одлука да ли треба допунити истрагу или је спровести ако је вршена контрола непосредне оптужбе, као и одлука да ли је неки доказ незаконит, задире у суштину оптужбе, односно у њен чињенични супстрат на коме се темељи. За ту контролу био би примерен онај састав суда који одлучује о потврђивању оптужнице, односно о обустави кривичног поступка, као и одговарајућа форма поступка контроле (седница већа или рочиште за испитивање оптужбе, уз учешће странака и браниоца).

2.3.2. Испитивање формалне исправности оптужнице

За наш важећи систем контроле оптужбе може се рећи да се састоји из две целине, контроле формалне исправности оптужнице и контроле правилности и законитости самог извођења окривљеног на главни претрес, али се обе одвијају пред ванпретресним већем.

Одмах по пријему оптужнице, ванпретресно веће испитује њену формалну исправност, пошто је оптужница строго формални акт са обавезним законом прописаним садржајем. Кад ванпретресно веће установи да оптужница није сачињена у законом прописаној форми, вратиће је тужиоцу да у року од три дана исправи

недостатке (чл. 333 ст. 2). Веће може на захтев јавног тужиоца продужити овај рок ако за то постоје оправдани разлози. За јавног тужиоца ово је инструктивни рок,³⁸² па за случај да у овом року не исправи оптужницу, ванпретресно веће не одбија већ решењем одбацује оптужницу. Оваквим законским решењем омогућено је да јавни тужилац не изгуби право на подношење оптужнице у тој кривичној ствари и после одбацивања. По истеку рока и након њеног одбацивања, јавни тужилац може поднети исправљену оптужницу, по којој ће суд бити дужан да поступа, односно да настави са поступком контроле оптужбе.

У пракси је испитивање формалне исправности оптужнице преко потребно, нарочито у погледу неких обавезних елемената њеног садржаја. Приликом практичног поступања, показује се да је неопходно отклонити недостатке попут изостављања неких личних података окривљеног, очигледних омашки у тексту, изостављања правне квалификације, а такође и у погледу описа кривичног дела: „недостатак описа неког од законских обележја кривичног дела, недостатак бланкетне норме, изостављање психичког односа учиниоца или ненавођење времена извршења кривичног дела“.³⁸³

На крају још да додамо да се из анализе важећих законских одредби може видети да је задржана истоветна регулатива испитивања формалне исправности оптужнице из раније важећих прописа. И даље се јавни тужилац не третира као будућа странка у судском кривичном поступку, већ као државни орган који је надлежан да врши функцију кривичног гоњења, па је зато за њега рок за исправљање инструкциони. Са увођењем адверзијалног главног претреса имало је смисла да се овакав, традиционални положај јавног тужиоца преиспита. Насупрот једној таквој концепцијски исправној идеји, поново се у адверзијално обликован поступак јавни тужилац уводи не као странка која у судском кривичном поступку заступа јавну кривичну тужбу, него као државни орган надлежан да кривично гони и стара се о законитости. И у новом поступку, који је прокламован као адверзијални, задржани су инструкциони рокови за јавног тужиоца као типична одлика мешовитог кривичног поступка.

³⁸² За приватног тужиоца рок за исправљање оптужног акта је преклузиван, па ако га не испоштује, постоји законска презумпција да је одустао од гоњења, због чега ванпретресно веће доноси решење којом се оптужба одбија (чл. 333. ст. 3).

³⁸³ Саво Ђурђић, „Квалитет оптужнице као инструмент државне реакције на криминалитет“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 286.

2.3.3. Одговор на оптужницу

Заједно са увођењем судске контроле оптужбе по службеној дужности у свакој кривичној ствари, законодавац у нови кривични поступак уводи и одговор на оптужницу, који треба да служи адверзијализацији поступка у фази оптужења. Природа и дејство одговора на оптужницу, суштински се разликује од приговора против оптужнице који је до сада био класично правно средство којим се иницирао основни облик судске контроле оптужбе.

Формално исправну, односно прописно састваљену, први пут поднету или исправљену оптужницу, председник ванпретресног већа је дужан да без одлагања достави окривљеном који је на слободи. Ако се окривљени налази у притвору доставља му се у року од 24 часа од пријема оптужнице, а у нарочито сложеним предметима тај рок је највише три дана од дана пријема оптужнице. Окривљеном се уз оптужницу доставља и поука о праву на подношење одговора на оптужницу (чл. 336. ст. 2). Одговор на оптужницу има право да поднесе окривљени, а може га поднети и бранилац, без посебног овлашћења окривљеног, али не и против његове воље. Одговор на оптужницу се поднеси у писаној форми, у року од осам дана од дана достављања оптужнице.

Законом није предвиђена садржина одговора на оптужницу, али је логично да окривљени може навести све оне недостатке које суд испитује по службеној дужности. У закону су ти недостаци наведени код сваке од одлука које суд може донети у поступку контроле оптужбе. То су, у ствари, сви они разлози и примедбе које је окривљени могао према ранијим прописима навести у приговору против оптужнице: да дело није кривично дело, да је наступила застарелост или друга околност која трајно искључује кривично гоњење, да нема доказа за оправдану сумњу, да нема предлога оштећеног за кривично гоњење итд.³⁸⁴ Сврха давања одговора на оптужницу је да се судском органу који испитује оптужницу скрене пажња од стране одбране на постојање разлога за обуставу поступка и доношење других одлука које су у интересу одбране.³⁸⁵

Одговор на оптужницу није нешто нарочито осмишљен инструмент адверзијализације фазе стављања под оптужбу. Није прописана сврха одговора, него се логички претпоставља, мада су донети сличних средстава у поступку контроле

³⁸⁴ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 100.

³⁸⁵ Милан Шкулић, „Оптужење и мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014а), стр. 149.

оптужбе различито одређени у упоредном праву. Није прописан ни могући садржај одговора на оптужницу, да би се знало који су и какве су природе недостаци због којих се оптужба може побити, него се о томе посредно закључује из законских основа за доношење одлука у поступку контроле оптужбе. Нема одговора ни на питање може ли у одговору на оптужницу окривљени понудити нове доказе. То је од посебне важности за одређивање на ком доказном материјалу суд заснива контролу оптужбе. Ово нису главни недостаци и могу се отклонити логичким и систематским тумачењем важећег кривичнопроцесног законика. Суштински је недостатак што није прописано да суд мора узети у разматрање одговор на оптужницу и што нису прописане процесне последице ако га суд не узме у обзир. Због непрописивања обавезности поступања по поднетом одговору на оптужницу, овако уређен одговор окривљеног нема дејство неког правног средства нити се може схватити као правно средство у поступку контроле оптужбе. Како је конципиран, он нема потребну делотворност. Не мисли се на то да ли ће у пракси бити делотворан у неком конкретном случају, него са становишта законске обавезности: не може се неко средство оценити као делотворно, ако орган поступка није обавезан да по њему поступа, и ако се за непоступање тог органа не везују никакве последице по поступак. Са нормативног аспекта, значи, одговор окривљеног на оптужницу нема никакво дејство на контролу оптужбе, већ га суд може али не мора узети у обзир. Зато се у процесној теорији и сматра да „он ни на који начин не утиче формално на било коју одлуку ванпретресног већа у поступку судске контроле оптужнице“.³⁸⁶ Да не представља неко посебно, односно класично правно средство којим се побити оптужница (као што је то некада био приговор против оптужнице), види се по томе што га суд неће ни "усвајати" ако нађе да је "основан", нити ће га "одбити" уколико оцени да је неоснован, односно да не стоје разлози који се у њему наводе.³⁸⁷

Овако недовољно осмишљена концепција и непрописивање обавезног поступања кад окривљени изјави одговор на оптужницу, фаворизују јавног тужиоца у поступку контроле оптужбе. Уместо да одговор буде средство за успостављање равноправности окривљеног са тужиоцем, концепција контроле је замишљена да се врши изван одговора на оптужницу. Наиме, суд је дужан да врши контролу оптужбе

³⁸⁶ Милан Шкулић, „Оптужење и мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014а), стр. 149.

³⁸⁷ *Ibidem*.

само на основу оптужнице јавног тужиоца и доказа које је он извео. Такав положај јавни тужилац није имао у ранијем систему контроле оптужбе: истрагу је раније спроводио истражни судија, изводећи доказе по предлозима и оптужбе и одбране, па се тако формирао доказни материјал на основу којег се испитује оправданост и законитост оптужбе, а ванпретресно веће било је у обавези да одлучује по приговору против оптужнице и о његовој основаности; сада истрагу спроводи јавни тужилац и сам предузима све доказне радње (и по предлогу одбране), а њени резултати служе за оцену оптужбе, док одговор на оптужницу по закону не обавезује судски орган који врши контролу оптужбе. Зато што одговор на оптужницу не обавезује суд и нема потребно правно дејство, а контролу оптужбе суд врши само на основу оптужнице и доказа јавног тужиоца, може се закључити да је јавни тужилац у повољнијем положају него што је био по ранијим прописима кад се контрола вршила на основу приговора против оптужнице. У оваквим законским оквирима не може бити ни речи о неком виду страначке равноправности, већ о надмоћи јавног тужиоца.

Из свега реченог, општи закључак би био да је одговор на оптужницу уведен да формално постоји, без неког осмишљеног дејства које би требало да произведе. То ће, уз остале недостатке контроле оптужбе о којима ће надаље бити речи, омогућити да се у правосудној пракси контрола оптужнице и врши „про форме“, уместо суштински.

2.3.4. Форма поступка контроле оптужбе

У законнику нема изричитих норми о форми поступка судске контроле оптужбе. Само је прописано да контролу оптужбе врши ванпретресно веће и да се оптужница и одговор на оптужницу достављају овом органу. Ипак, до одговора на питање о начину испитивања оптужбе, може се доћи ако се узме у обзир да је реч о судском органу који не одлучује на главном претресу и да није установљено посебно рочиште за испитивање оптужнице. С обзиром на ове констатације, логично је да ванпретресно веће о контроли оптужбе одлучује у седници већа.³⁸⁸ Нема ни законских одредби о томе на основу чега ће суд испитивати правилност и законитост подигнуте оптужнице, нити одредбе да суд испитује наводе у одговору на оптужницу. С обзиром на закључак да суд одлучује у седници већа и на чињеницу да није прописано учешће странака на седници већа, као логично се намеће тумачење да суд одлучује на основу списка предмета које је јавни тужилац дужан да достави уз оптужницу.

³⁸⁸ У Законнику о кривичном поступку из 2001. године изричито је било прописано да веће одлучује о приговору против оптужнице у седници већа (чл. 272. ст. 2).

Све су то питања форме поступка судске контроле оптужбе и у том погледу постоје различита решења у упоредном праву. Са становишта форме, значајно је да ли странке непосредно учествују у поступку контроле оптужбе или не. У том погледу нека законодавства предвиђају да се испитивање оптужнице врши на затвореној седници суда, без учешћа странака, а друга законодавства предвиђају посебно рочиште на коме непосредно учествују странке. Који ће од ова два облика бити заступљен не зависи од тога да ли се контрола оптужбе врши по службеној дужности или на иницијативу окривљеног, нити од састава судског органа коме је поверена контрола, тј. независно да ли контролу врши инокосни или зборни састав суда. На пример, судска контрола *in camera* заступљена је у аустријском кривичном поступку, где се поступак контроле оптужбе покреће на основу приговора против оптужнице,³⁸⁹ а такође и у немачком кривичном поступку, где се контрола оптужбе врши по службеној дужности.³⁹⁰

За поступак контроле у форми *in camera* карактеристично је да се правилност и законитост оптужнице испитује само на основу списка предмета предата из истраге, без икаквог непосредног учешћа странака у том поступку. Постојање овог облика контроле не зависи ни од органа поступка, тј. од састава судског органа у чију је функционалну надлежност стављена контрола оптужбе. Познају је законодавства која контролу оптужбе стављају у надлежност судије појединца, као што су босанскохерцеговачка процесна законодавства,³⁹¹ такође и законодавства која контролу оптужбе поверавају ванпретресном већу, као што је наше законодавство, и на крају, законодавства која прописују да је контрола оптужбе у функционалној надлежности судећег већа, као нпр. у немачком³⁹² и холандском³⁹³ законодавству.

Увођење посебног рочишта за испитивање оптужнице мотивисано је идејом да се и у овој фази поступка омогући остваривање начела контрадикторности. Суштину начела контрадикторности чини „могућност странака да изнесу сопствени став о кривичној ствари, али и да се изјасне о ставу супротстављене странке (*audiatur et altera pars*).³⁹⁴ Код овог облика контроле, судски орган испитује оптужбу и на основу списка

³⁸⁹ Види: § 212. StPO Аустрије. Треба напоменути да се за лакша кривична дела из надлежности судије појединца и окружног суда, контрола оптужбе врши по службеној дужности (§ 451. ст. 2, § 485. StPO).

³⁹⁰ Види: § 199. ст. 1. StPO Немачке.

³⁹¹ У сва четири законодавства БиХ предвиђено је да контролу оптужнице врши судија за претходно саслушање (Види на пример чл. 243. ЗКП Републике Српске).

³⁹² Види: § 199. ст. 1. StPO Немачке.

³⁹³ Види: § 262. ст. 1. Sv.

³⁹⁴ С. Кнежевић, *Кривично процесно право* (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015), стр. 65.

предмета из истраге (или предистраге ако је у питању непосредна оптужница) и на основу непосредног и усменог изјашњавања странака. Управо због реализације принципа усмености, непосредности и контрадикторности, установљавање посебног рочишта за испитивање оптужнице карактеристично је за она законодавства која су изградила адверзијални модел судског кривичног поступка или су у главни претрес уградила адверзијалне елементе, као што је после реформи учињено у македонском,³⁹⁵ хрватском³⁹⁶ и црногорском³⁹⁷ законодавству. Изузетак од реченог је српско кривично процесно законодавство, које уводи адверзијалне елементе главног претреса, али за контролу оптужбе предвиђа да се врши у седници већа, на коју се не позивају ни тужилац ни окривљени са браниоцем. „Пропуштена је прилика да се контрола оптужбе уреди у форми претходног рочишта на коме би странке контрадикторно расправљале о оправданости и законитости извођења окривљеног на главни претрес, што би процесну архитектуру приближило идеји правичног поступка“.³⁹⁸ Значај контрадикторности је неспорно велики и представља „својеврстан начин легитимације судских одлука“ пошто лице, као и окривљени на које се судска одлука односи лакше прихвата ту одлуку ако је у поступку њеног доношења активно учествовало и тако утицало на садржај одлуке.³⁹⁹

Раније законско уређење форме поступка контроле било је напредније, јер је постојала могућност да окривљени са својим браниоцем присуствује седници већа и изложи своје ставове.⁴⁰⁰ Својеврсни спор о чињеничној и правној заснованости оптужнице добијало је епилог у одлуци ванпретресног већа, па стога само испитивање

³⁹⁵ У македонски кривични поступак уведено је рочиште за оцену оптужног акта, али оно није обавезно у свим случајевима. О томе да ли ће се одржати ово рочиште одлучује судија појединац, који врши контролу оптужбе за кривична дела са запређеном казном до десет година, и ванпретресно веће, које врши контролу оптужбе за тежа кривична дела (чл. 232. ст. 1); Опширније види: Г. Лажетић-Бужаровска, „Оптужење према ЗКП Македоније - законска решења и практична искуства у њиховој примени“, у: Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и пра, стр. 417-419).

³⁹⁶ Централна контрола оптужнице у хрватском кривичном поступку врши се на седници оптужног већа, на коју се позивају државни одвјетник, окривљени, бранилац и оштећени (чл. 348. ст. 1. и 2. ЗКП Хрватске). Седница оптужног већа се заказује тек пошто претходно испитивање оптужнице у тој кривичној ствари изврши председник оптужног већа (испитује да ли је оптужницу поднео овлашћени тужилац, формалну исправност оптужнице, решава питање издвајања из списка незаконитих доказа и др., и доноси одговарајуће одлуке – чл. 344. ЗКП Хрватске).

³⁹⁷ Рочиште за испитивање и оцену законитости и оправданости оптужнице заказује председник ванпретресног већа, на које се позивају тужилац, окривљени и бранилац (чл. 293. ст. 2. ЗКП Црне Горе).

³⁹⁸ Војислав Ђурђић, „Нови ЗКП и контрола оптужбе“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 3 (2014а), стр. 81.

³⁹⁹ Stefan Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* (Oxford: Oxford University Press, 2005), str. 89.

⁴⁰⁰ Учешће странака и браниоца на седници већа није било обавезно и зависило је од става већа, али је постојало као могућност, која данас, у реформисаном кривичном поступку не постоји. У члану 272. ст. 3 ЗКП из 2001. године било је прописано да „веће може позвати странке и браниоца да на седници усмено изложе своје ставове“.

оптужнице пре почетка главног кривичног поступка представљало је оживотворење основне идеје начела контрадикторности.⁴⁰¹ Очекивало се да то решење реформом буде унапређено, али је учињен корак уназад. Раније је суд био обавезан да одлучи о основаности приговора против оптужнице, што значи да оцени наводе одбране садржане у њему, а постојала је и могућност да окривљени са својим браниоце присуствује седници већа на којој се одлучује о том приговору и да изложе своје ставове. Сада је одговор на оптужницу неделотворан, пошто важеће одредбе као што смо већ објаснили не обавезују суд да одлучује о његовој основаности, тачније, не обавезују суд да уопште разматра одговор на оптужницу, а учешће странака и браниоца на седници већа на којој се испитује оптужница, уопште није предвиђено. На тај начин искључено је начело контрадикторности из поступка испитивања и потврђивања оптужнице. Због неконтрадикторног карактера поступка, одбрана није у могућности да на седници већа побиија недостатке и грешке у поступку који је претходио подизању оптужнице, посебно имајући у виду да се у жалби против пресуде као релативно битне повреде одредаба кривичног поступка могу истицати само повреде учињене приликом припремања или у току главног претреса, али не и у ранијим фазама поступка.⁴⁰² Протеривањем контрадикторности из поступка контроле оптужбе, окривљени долази у неравноправан положај са јавним тужиоцем пошто сада суд испитује оптужбу само на основу навода у оптужници и доказног материјала који је сам јавни тужилац обезбедио у истрази или предистражном поступку. Надмоћ јавног тужиоца је сада већа него раније. Раније се основаност оптужбе испитивала поводом приговора против оптужнице и на основу списка истражниог судије, односно судских доказа, а сада се оптужба испитује по службеној дужности и то на основу јавнотужилачких списка, односно доказног материјала који је сам јавни тужилац прибавио. Због искључења начела контрадикторности, неравноправност окривљеног у односу на тужиоца постаје изражена, а сам поступак губи одлике које би требало да га учине правичним.

У односу на ранија законска решења, јавни тужилац има мање активан али повољнији положај. Он не учествује на седници на којој се врши контрола оптужбе, па нема могућност да својим активним учешћем усмено изнесе своје ставове од значаја за основаност, односно потврђивање оптужнице. Мада неактиван, положај јавног тужиоца

⁴⁰¹ С. Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права* (Ниш: Студентски културни центар Ниш, 2012), стр. 135.

⁴⁰² Vidi: Elizabeta Ivičević Karas, „Sudska kontrola optužnice“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, 2 (2011), str. 457.

је номинално повољнији пошто суд испитује оптужницу на основу његових списа а суд нема обавезу да одлучује о основаности одговора на оптужницу.

Наведене негативне стране форме поступка испитивања оптужнице озбиљан су разлог за њену ревизију. Одредбе о одговору на оптужницу треба допунити прописивањем да суд обавезно цени наводе из одговора и да кршење те одредбе представља битну повреду одредаба кривичног поступка, јер се одговором на оптужнице реализује право окривљеног на одбрану. Као нову установу *de lege ferenda* треба предвидети *рочиште за испитивање оптужнице*, на које би суд био обавезан да позове странке, браниоца и оштећеног, који би имали право да на рочишту изнесу своје ставове. То би суду омогућило, кад се уопштено посматра, да лакше и квалитетније испита и оцени оправданост и законске услове за извођење окривљеног на главни претрес. Осим испитивања материјалних услова и процесних сметњи, увођење рочишта на коме би се поштовало начело контрадикторности, такође би олакшало и решавање да ли неки доказ треба као незаконит издвојити из поступка. На рочишту треба омогућити странкама да изнесу свој став о појединим питањима основаности и законитости оптужнице, али не треба вршити оцену квалитета сваког доказа појединачно, како се претходно суђење о оптужби не би претворило у пресуђење кривичне ствари.

Предложена форма поступка контроле оптужбе била би компатибилна, с једне стране, са јавнотужилачким моделом истраге, а с друге стране, са адверзијалним моделом судског кривичног поступка. Предложеном формом била би осигурана квалитетнија контрола чињеничне заснованости и законитости подигнуте оптужбе. Суд би испитивао оптужницу на основу: навода одбране у одговору на оптужницу, кривичних списа које је јавни тужилац доставио суду, као и ставова и разјашњења које су странке и бранилац изнели на рочишту за испитивање оптужнице.⁴⁰³

2.3.5. Одлуке у поступку судске контроле оптужбе

У важеће систему контроле оптужбе одлуке ванпретресног већа су уређене тако што је законодавац у основи задржао све одредбе раније важећег законика, с тим што их је прилагодио контроли по службеној дужности и укидању контроле непосредне

⁴⁰³ Нису честа законодавства која одређују на темељу чега се врши испитивање оптужнице у поступку судске контроле оптужбе. Као позитиван пример може се навести македонски процесни законик који о томе садржи изричиту одредбу, која гласи: „Приликом оцене оптужног акта, судија или веће за оцену оптужног акта цени оптужни акт *са аспекта разлога наведених у приговору против оптужног акта, списа предмета и доказа достављених у прилогу оптужног акта*“ (чл. 336. ст. 3. ЗКП Македоније).

оптужнице, као логичне последице увођења јавнотужилачке истраге. Суштински су остале све врсте одлука које су се доносиле и у раније постојећем кривичном поступку.

По њеном пријему, оптужницу која је формално исправна или исправљену оптужницу, у крајњем, формално исправну оптужницу председник ванпретресног већа доставља окривљеном на одговор. По пријему одговора на оптужницу, а најкасније у року од петнаест дана, председник ванпретресног већа дужан је да закаже седницу већа на којој треба да се испита основаност и законитост оптужнице. Кад врши контролу оптужбе, суд није везан правном квалификацијом коју је јавни тужилац дао у оптужници.

У поступку судске контроле оптужбе, поред одлуке о враћању оптужнице јавном тужиоцу ради исправке (чл. 333. ст. 2), о чему је напред било речи у оквиру излагања о испитивању формалне исправности оптужнице, ванпретресно веће може донети следеће одлуке:

- одлуку о ненадлежности суда (чл. 337. ст. 2),
- наредбу да се допуни или спроведе истрага (чл. 337. ст. 3),
- одлуку о издвајању записника или обавештења из списка (чл. 337. ст. 6),
- одлуку о обустави кривичног поступка (чл. 338),
- одлуку о одбијању непосредне оптужбе (чл. 339. ст. 1),
- одлуку о одбацивању оптужнице (чл. 339. ст. 2), и
- одлуку о потврђивању оптужнице (чл. 341).

Са становишта концепцијске усклађености са природом јавнотужилачке истраге и положаја јавног тужиоца у поступку судске контроле оптужбе, интересантне су следеће одлуке ванпретресног већа:

2.3.5.1. Одлука о допуни или спровођењу истраге

Одлуку да се истрага допуни, односно спроведе или да се прикупе одређени докази ванпретресно веће доноси кад утврди да је потребно боље разјашњење стања ствари да би се испитала основаност оптужнице. То је једина одлука коју суд у поступку контроле оптужбе доноси у форми наредбе.

Приликом нормирања ове одлуке законодавац је преузео одредбе које су важиле кад је истрага била судска, занемаривши природу јавнотужилачке истраге (у којој је јавни тужилац апсолутни господар) и адверзијалну природу судског кривичног поступка. Међутим, овакво законско концепцијски је неприхватљиво из више разлога.

Прво, у супротности је са моделом јавнотужилачке истраге из које је апсолутно искључен суд, и приликом покретања истраге и приликом њеног спровођења. Одлука да се истрага допуни или спроведе била је сагласна ранијем моделу претходног поступка, који је по својој природи одговарао мешовитом типу кривичног поступка, у коме је јавни тужилац имао права и обавезе као кривичнопроцесна странка и као државни орган. Сада је покретање и спровођење истраге у искључивој власти јавног тужиоца, а ни осумњичени ни оштећени немају право да изјаве жалбу суду на одлуку о покретању истраге, односно о одбацивању кривичне пријаве, и тиме затраже судску заштиту својих права. Давањем овлашћења ванпретресном већу да у поступку контроле оптужбе нареди спровођење или допуну истраге или појединих доказних радњи, срушена је концепција истраге као чисто јавнотужилачке природе. Нелогично је и противречно концепцији да суд није овлашћен да нареди јавном тужиоцу да донесе одлуку о спровођењу истраге приликом покретања истраге, а да то овлашћење има у фази оптужења.

Друго, судско наређивање да јавни тужилац допуни или спроведе истрагу, противно је начелу оптужбе и прокламованом терету доказивања у адверзијалном судском поступку. Оптужба треба да је искључиво у власти јавног тужиоца, а већ је прописано да је терет доказивања на тужиоцу (чл. 15. ст. 2). Зато суд не би требало да се меша у оцену јавног тужиоца да ли ће подићи оптужницу без спровођења истраге, па отуда не треба да буде овлашћен да му нареди спровођење истраге кад је подигао непосредну оптужницу, нити у његову оцену да ли је стање ствари довољно разјашњено, па би морао бити развлашћен да наређује допуну истраге. Имајући у виду да се спровођење или допуна истраге своди на предузимање доказних радњи, закључак би био да је практично на посредан начин уведена тзв. истражна, тј. инквизициона максима на почетку судског поступка, што имплицира да суд истражује истину, а да је ова максима укинута на главном претресу.⁴⁰⁴

Треће, изноуђивањем покретања истраге (кад је подигнута непосредна оптужница) и допуне истраге, а нарочито наредба и указивање да се „прикупе одређени докази“, подрива се равноправност странака приликом самог покретања судског кривичног поступка. Указивањем на одређене доказе које је потребно да јавни тужилац изведе, практично се „надомештају незнање и пропусти тужиоца“ и стварају услови да страначка равнотежа буде потпуно поремећена, зато што се ови „одређени докази“, по

⁴⁰⁴ Види: В. Ђурђић, „Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)“, у: *Тужилачка истрага* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2014а), стр. 77.

природи ствари односе на прикупљање доказа у прилог оптужбе, „јер није потребно прикупљати доказе у прилог невиности“.⁴⁰⁵ Све у свему, како се контрола оптужбе „своди на оцену степена доказаности премисе о кривици“, то значи да „свако указивање суда на одређене доказе представља *de facto* помоћ тужилаштву“.⁴⁰⁶

Кад суд у поступку контроле оптужнице донесе ову одлуку, јавни тужилац по закону има обавезу да у року од три дана донесе наредбу о спровођењу или допуни истраге, рачунајући од дана када му је одлука ванпретресног већа саопштена, с тим што на његов захтев, ванпретресно веће може из оправданих разлога продужити овај рок (чл. 337. ст. 4 и 5). За јавног тужиоца рок за доношење наредбе о допуни, односно спровођењу истраге је инструкциони, а пропуштање рока не производи никакве процесне последице. За случај да пропусти овај рок, јавни тужилац је једино дужан да о томе обавести вишег јавног тужиоца.

Док се постојање инструкционог рока за допуну или спровођење истраге може разумети и правдати у мешовитом типу кривичног поступка, такво решење у адверзијалном типу противречи принципима на којима почива и његовом духу. Прекорачење рока коју му је веће оставило за допуну, односно спровођење истраге не штети положају јавног тужиоца у даљем току поступка зато што законодавац за то не прописује никакве процесне санкције, односно последице, па се може рећи да јавни тужилац у прокламованом страначком поступку и даље има положај државног органа уместо положаја странке. Да јавни тужилац има положај државног органа, види се из правне презумпције установљене за приватног тужиоца ако прекорачи тај рок. У истој таквој ситуацији, ако приватни тужилац не испоштује рок, сматраће се да је одустао од оптужбе и због тога суд доноси решење којом се оптужба одбија. Кад ова одлука стане на правну снагу постаје *res iudicata* и поступак се дефинитивно окончава. Зато је и закључак да приватни тужилац има положај класичне странке, а јавни тужилац положај државног органа.

Ово је други рок у поступку пред судом, о чијем поштовању одлучује суд (чл. 331. ст. 3. и 4), а законом је прописан као инструктивни, један је рок за подизање оптужнице а други, рок за доношење наредбе о спровођењу, односно допуни истраге по одлуци ванпретресног већа (чл. 337. ст. 4). Тиме је законодавац показао доследност да

⁴⁰⁵ Југослав Тинтор, „Бранилац као субјект потврђивања оптужнице“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 315.

⁴⁰⁶ *Ibidem*.

до потврђивања оптужнице ни номинално не третира јавног тужиоца као класичну кривичнопроцесну странку, већ и као државног органа, чиме фаворизује јавног тужиоца. То је реликт из ранијег мешовитог типа кривичног поступка, и представља типичну инквизициону одлику. Испоставља се да се након јавнотужилачке истраге јавни тужилац не трансформише одмах из органа поступка у класичну кривичнопроцесну странку, како би то било адекватно за покретање једног адверзијално уређеног судског поступка. То би у некој будућој реформи требало изменити, ако законодавац остане при основној идеји да задржи адверзијални судски кривични поступак.

2.3.5.2. Одлука о издвајању записника или обавештења из списка предмета

Ванпретресно веће доноси ову одлуку кад утврди да се у списима налазе записници или обавештења на којима се не може заснивати судска одлука (чл. 337 ст. 6). Веће је дужно да донесе одлуку о издвајању оних записника у којима су садржани искази сведока који се у кривичном поступку не могу користити као доказ, а такође и обавештења која су грађани дали јавном тужиоцу и полицији у предистражном поступку (чл. 237). Веће може донети решење о издвајању записника и обавештења на сопствену иницијативу, односно по службеној дужности, или ако уважи иницијативу одбране садржану у одговору на оптужницу. Не види се како би издвајање могао да тражи јавни тужилац, пошто странке не присуствују у поступку потврђивања оптужнице. Против овог решења дозвољена је посебна жалба. Кад решење постане правноснажно, ванпретресно веће има обавезу да издвојене записнике и друге списе у којима су садржана обавештења затвори у посебан омот и преда их судији за претходни поступак, ради чувања одвојено од осталих списка.

Поводом одлуке о издвајању записника и обавештења, два су питања интересантна: прво, како осигурати да орган поступка који одлучује о потврђивању оптужнице не буде под утицајем незаконитог доказа који издваја из списка, и друго, да ли је потребна контрадикторност за оцену (не)законитости доказа.

У вези са првим питањем, најпре треба испитати да ли и када веће у поступку судске контроле може доћи у ситуацију да издваја незаконите доказе и обавештења. Пошто исту обавезу има и судија за претходни поступак у фази истраге, може закључити да ће ванпретресно веће доћи у ту ситуацију кад то пропусти да учини судија за претходни поступак. Друга могућност је да ванпретресно веће сматра да је неки доказ незаконит, за разлику и противно схватању судије за претходни поступак,

који је по истом питању заузео став да доказ није незаконит, или за разлику од става јавног тужиоца који сматра да је доказ законит, па о њему судија за претходни поступак није ни одлучивао. Независно од тога из којих разлога је записник о незаконитом доказу или обавештењу који је морао бити изузет, остао у списима и тако доспео у фазу оптужења, ванпретресно веће је дужно да га издвоји из списка, али није објективно могуће да се отклони утицај тог незаконитог доказа на судије које чине ванпретресно веће. Пошто се у поступку контроле оптужбе докази иначе не цене појединачно, у образложењу одлуке се веће неће ни позивати на издвојене доказе, али оцена квалитета преосталих доказа остаје „обојена“ незаконитим доказом. На тај начин се „инфекција“ незаконитим доказом распростире и на одлуку о потврђивању оптужнице. Излаз је да се у претхоним фазама поступка или приликом претходног испитивања оптужнице предвиди други судски орган који одлучује о издвајању записника и обавештења. На пример, након поднете оптужницу претходна испитивања оптужбе могла би бити поверена председнику ванпретресног већа,⁴⁰⁷ међу којима би једно од питања било и питање издвајања незаконитих доказа и обавештења. На тај начин ванпретресно веће ни у ком случају не би могло бити инфицирано незаконитим доказима и одлучивало би о потврђивању оптужнице само на основу правно ваљаног доказног материјала. Ни овакво регулативом чини се не би могли бити решени сви проблеми везани за одлучивање о незаконитим доказима, на пример, кад је питање незаконитости неког доказа комплексно па захтева сучељавање различитих гледишта, о чему ће више речи бити у наставку излагања.

У вези са другим питањем, треба имати у виду да кад је доказ несумњиво незаконит (нпр. нека посебна доказна радња предузета без одлуке судије за претходни поступак) или неко обавештење дато полицији у предистрази очигледно омашком није издвојено из списка предмета, у тим случајевима питање контрадикторности се и не поставља. Питање потребе увођења контрадикторности се отвара кад је оцена незаконитости доказа комплексна, па се чињенична и доказна грађа с којом суд располаже, показује као *противречна или недовољна за исправну оцену* (не)законитости конкретног доказа, или је утврђивање незаконитости *правно компликовано*, па би сучељавање гледишта било сврсисходно. Премда се начело контрадикторности

⁴⁰⁷ У процесном законика Хрватске претходна испитивања, као што со напред објаснили, врши и одлуке доноси председник оптужног већа, међу којима је и питање издвајања записника (види чл. 344. ст. 1. ЗКП Хрватске).

првенствено везује за материју доказног права,⁴⁰⁸ оно се може посматрати и као начело које се односи на форму⁴⁰⁹ кривичног поступка и на извођење кривичнопроцених радњи уопште,⁴¹⁰ а такође може бити од помоћи суду и приликом тумачења правних норми, тј. правног оформљења кривичне ствари. Сагледавање потребе за увођењем контрадикторности може се посматрати са становишта положаја и интереса странака. Према томе како је уређен важећи ситем контроле оптужбе, јавни тужилац нема правне могућности али ни интереса да од већа тражи издвајање незаконитих доказа. Пошто се странке не позивају на седницу већа, он нема процесноправну позицију да непосредно изнесе свој став о законитости неког доказа и да саобразно томе предложи издвајање списка у коме је фиксиран. Тиме његов положај није угрожен јер је до самог подизања оптужнице издвајање било ког незаконитог доказа могао затражити од судије за претходни поступак. Са становишта успеха оптужбе, јавни тужилац нема ни интереса да тражи издвајање неког доказа као незаконитог јер је све доказе на темељу којих суд врши контролу оптужнице, сам (или преко полиције) прибавио у истрази или предистражном поступку.

Насупрот јавном тужиоцу, окривљени и његов бранилац имају оправдан интерес да траже издвајање незаконитих доказа, а то могу чинити само посредно, у одговору на оптужницу. До сазнања да у списима постоје записници који садрже и незаконите доказе, бранилац и окривљени могли су доћи приликом „обелодањивања доказа“ у истрази (чл. 303). Из принципа равноправности странака, извире и њихов оправдан интерес да своје ставове и доказе изнесу суду непосредно на седници већа, али и да се изјасне о ставу јавног тужиоца. Осим принципијелних, два су кључна разлога због којих окривљени има интереса да непосредно изнесе и сучели своје ставове о законитости доказа на којима јавни тужилац заснива своју оптужбу. Прво, за повреду правила о обелодањивању доказа нису предвиђене никакве санкције за јавног тужиоца, па се може догодити да у списима предмета остану докази који би по закону морали бити изузети а окривљеном нису били предочени. Друго, окривљени може понудити своје доказе о томе да су неки докази које је извео јавни тужилац незаконити (реч је о доказима о незаконитости доказа на којима се заснива оптужница), па би непосредно

⁴⁰⁸ Elizabeta Ivičević Karas, „Sudska kontrola optužnice“, *Hrvatski ljetopis za kazнено право i praksu (Zagreb)*, 2 (2011), стр. 455.

⁴⁰⁹ М. Шкулић, *Кривично процено право*, Седмо измењено и дупуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 74.

⁴¹⁰ С. Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права* (Ниш: Студентски културни центар Ниш, 2012), стр. 131.

образлагање пред судом имало најјачи ефекат. Уз ове конкретне разлоге стоје и теоријски и концепцијски разлози за увођење рочишта за контролу оптужбе, као примерене форме за један адверзијално уређен судски кривични поступак.

За одлучивање о законитости доказа, интересантно је решење хрватског законодавца који, поред рочишта за контролу оптужбе, уводи и посебно рочиште за „претходно суђење о законитости доказа“ (чл. 351. ст. 2 ЗКП Хрватске). Рочиште је названо „суђење“ зато што се одвија по сви правилима као главни претрес.⁴¹¹ На том усменом и контрадикторном рочишту *изводе се докази* о чињеницама од којих зависи коначна оцена о законитости неког доказа, будући да суд није сигуран у његов квалитет, тј. није сигуран може ли се он употребити као законит доказ.⁴¹²

На крају, треба констатовати да је допуштена жалба на решење ванпретресног већа о издвајању записника и обавештења из списка предмета (чл. 337. ст. 6), али није предвиђена жалба на одлуку којом се одбија предлог да се ти записници издвоје. Међутим са становишта ефикасности и правичности поступка, има смисла осигурати да већ у овој фази поступка другостепени суд дефинитивно одлучи о законитости доказа на којима се темељи започињање и даљи ток судског кривичног поступка. Отуда и предлога да би ваљало прописати један процесни делотворан механизам за благовремено раздвајање законитих од незаконитих доказа у раној фази судског кривичног поступка, како би се онемогућила контаминација доказа током даљих фаза поступка.⁴¹³ Такво решење у практичној примени може довести и до неравноправности странака у погледу права на жалбу. Наиме, логично је претпоставити да ће јавни тужилац обезбедити да се пре подизања оптужнице издвоје из списка они докази за које сматра да су незаконити, па зато и нема процесних могућности да тражи њихово издвајање тек у поступку контроле оптужбе. Тако тумачећи, остаје могућност да издвајање незаконитих доказа може да затражи само одбрана у одговору на оптужницу. Ако веће не уважи предлог за издвајање незаконитих доказа, одбрана нема законске могућности да изјављивањем жалбе издејствује одлуку непосредно вишег суда. На тај начин, у крајњем, јавни тужилац има право жалбе на одлуку о издвајању незаконитих доказа који потврђују оптужну тезу, то право има и одбрана против решења којом је

⁴¹¹ Zlata Đurđević, *Primjerovnik* (Zagreb: Narodne novine, 2011), str. 123.

⁴¹² A. Novokmet, *Sudska kontyrola optužbe* (Zagreb: Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, 2015), str. 500.

⁴¹³ Југослав Тинтор, „Бранилац као субјект потврђивања оптужнице“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 314.

суд издвојио доказе који иду у корист окривљеног, али окривљени и бранилац немају право жалбе на судску одлуку којом се не издвајају докази који су по мишљењу одбране незаконити. Утолико је страначка равнотежа поремећена у овој етапи кривичног поступка.

2.3.5.3. Одлука да нема места оптужби и да се поступак обуставља

Ово је суштинска али негативна одлука о оправданости и законитости оптужбе, коју веће доноси кад установи да по закону нема места оптужби. Ванпретресно веће мора да донесе ову одлуку кад установи:

- да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, а нема услова за примену мера безбедности;

- да је кривично гоњење застарело, или да је дело обухваћено амнестијом или помиловањем, или да постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење;

- да нема довољно доказа за оправдану сумњу да је окривљени учинио дело које је предмет оптужбе (чл. 338 ст. 1).

Изузев недовољности доказа, сви остали разлози морају се утврдити са сигурношћу, са степеном истинитости да постоје. Другим речима, морају постојати такви докази да искључују сваку другу могућност осим чињенице да основ за обуставу поступка постоји.

Постојање оправдане сумње о делу и учиниоцу, суд треба да утврђује на основу сумарне оцене доказног материјала, а не сме да врши оцену сваког доказа појединачно, ни оцену противречних доказа. Битно је напоменути да се код оцене довољности доказа не цени питање кривице јер је то у надлежности судећег већа, него се цени да ли постоји потребан степен сумње за изношење кривичне ствари пред суд.⁴¹⁴ С тим у вези, треба направити разлику са ослобађајућом пресудом која се због недостатка доказа може темељити и на начелу *in dubio pro reo*, што код обуставе поступка није случај.⁴¹⁵ Приликом утврђивања постојања довољно основане сумње ванпретресно веће треба да се ограничи на утврђивање потпуности, допуштености (законитости) и довољности доказа.⁴¹⁶ Међутим, то се у пракси поједностављује тако што се избегава детаљно

⁴¹⁴ Д. Радуловић, „Контрола оптужнице у кривичнопроцесном законодавству Црне Горе“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014а), стр. 250

⁴¹⁵ М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе* (Подгорица: Министарство правде ЦГ, 2009 б), стр. 855.

⁴¹⁶ В. Ђурђић, *Судска контрола оптужбе (докторска дисертација)* (Ниш: Правни факултет у Нишу (броширано), 1987), стр. 30.

сагледавање и повезивање конкретних чињеница и оцена њиховог квалитативног и квантитативног значаја, па се питање потребног степена сумње своди на питање да ли сумње уопште има или је нема.⁴¹⁷ Због тако ниског чињеничног супстрата само се гомилају кривични поступци који стижу до фазе главног претреса и затрпавају судове, уместо да потврђивање оптужнице буде кључни филтер.

На крају, одлука о обустави кривичног поступка доноси се само поводом контроле оптужнице која је подигнута после спроведене истраге. Кад је у питању непосредна оптужба, не доноси се одлука о обустави поступка, јер кривични поступак није ни започео да би могао бити обустављен, него се оптужба одбија. То значи да се решење о одбијању оптужбе доноси се из истих разлога због којих се поступак обуставља приликом контроле оптужнице подигнуте после спроведене истраге, изузев разлога који смо означили као недостатак доказа о постојању оправдане сумње. Некада и овај разлог може бити примењен и за одбијање непосредне оптужнице, али само изузетно. Непосредну оптужбу могуће је да суд одбије због недостатка доказа само у случају ако је јавни тужилац у предистрази предузимао доказне радње (чл. 339 ст. 1).

2.3.5.4. Одлука о потврђивању оптужнице

Ванпретресно веће доноси решење којим потврђује оптужницу ако не донесе ниједну другу одлуку која спречава започињање судског кривичног поступка, односно извођење окривљеног на главни претрес. Ако се узму у обзир које све одлуке суд може донети у поступку судске контроле оптужбе, то значи да ће суд потврдити оптужницу ако не донесе решење о обустави поступка или о одбијању, односно одбацивању оптужбе, или решење којим се суд оглашава ненадлежним (чл. 341 ст. 1). Основ за доношење ове одлуке негативно је одређен, па отуда и став теоретичара да „решење о потврђивању оптужнице представља *формализовани став суда* по коме је оптужница 'опстала' у поступку судске контроле“.⁴¹⁸

⁴¹⁷ Ј. Тинтор, „Бранилац као субјект потврђивања оптужнице“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 316.

⁴¹⁸ М. Шкулић, „Оптужење и мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014а), стр. 151.

Одлука о потврђивању оптужнице остала је негативно формулисана, као последица тога што је законодавац преузео одредбу из ранијег законика.⁴¹⁹ Таква формулација била је у складу са судском природом истраге у мешовитом систему кривичног поступка. Евентуалној контроли оптужбе претходила је судска контрола кривичног гоњења у свакој кривичној ствари поводом које се води истрага, тако што је о захтеву тужиоца да се покрене кривични поступак, односно истрага, одлучивао истражни судија. Пошто је била обавезна у истрази, контрола гоњења, односно оптужбе могла је изостати у фази оптужења. У складу с тим, била је негативно дефинисана одлука о одбијању приговора против оптужнице, која у суштини значи да ће суд одбити приговор као неоснован ако не донесе ниједну другу одлуку, након чега је оптужница ступала на правну снагу. Сада приликом покретања и вођења јавнотужилачке истраге суд уопште не врши контролу кривичног гоњења. Зато у наредној фази суд треба да проверава постоји ли законом прописани степен сумње потребан за извођење окривљеног на главни претрес. У моделу поступка у коме истрага није судска, одлука о потврђивању оптужнице мора бити позитивно дефинисана јер са њеним доношењем тек започиње кривични (судски) поступак.⁴²⁰

Зато у законску одредбу треба унети да веће потврђује оптужницу *кад установи да постоји оправдана сумња* да је окривљени учинио кривично дело које му се оптужницом ставља на терет, укратко кад утврди да је оптужница основана. Узор на који би се наш законодавац могао угледати може се наћи у упоредном праву. На пример, у немачком кривичном поступку да би се кривична ствар изнела на главни претрес потребно је да суд у поступку контроле оптужбе утврди „да постоји довољна сумња“⁴²¹ о делу и чиниоцу. У македонском кривичном поступку суд „оцењује основаност оптужног акта у односу на сва кривична дела“ из оптужнице.⁴²² У

⁴¹⁹ Од ексјугословенских држава само је још црногорски законодавац, изгледа по инерцији, преузео одредбе југословенског процесног законика, у коме су негативно одређени услови за доношење одлуке којом се окривљени изводи на главни претрес. Види чл. 296. ст. 1. ЗКП Црне Горе.

⁴²⁰ В. Ђурђић, „Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)“, у: *Тужилачка истрага* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2014а), стр. 78.

⁴²¹ Одредба у целини гласи: „Суд одлучује да отвори главни претрес ако на основу резултата припремног поступка *нађе да постоји довољна сумња* да је оптужени учинио кривично дело“ (§ 203 StPO).

⁴²² Ово питање је у македонском процесном законнику регулисано у одредбама под насловом „Оцена оптужног акта“: „Судија или веће за оцену оптужног акта оцењује основаност оптужног акта у односу на сва кривична дела, ако у приговору против оптужног акта осумњичени није дао изјаву о признању кривице или ако дата изјава о кривци није прихваћена“ (чл. 336. ст. 1. ЗКП Македоније).

хрватском процесном закону такође је позитивно дефинисан основ за доношење одлуке о потврђивању оптужнице.⁴²³

На бази тако дефинисаног основа, суд би морао најпре да испитује позитивне а потом негативне претпоставке за извођење окривљеног на главни претрес.⁴²⁴ Као позитивне претпоставке за потврђивање оптужнице веће треба да на основу списка предмета испита и утврди постојање довољно основане сумње и материјалних услова потребних за изношење кривичне ствари на главни претрес. У погледу негативних претпоставки, веће треба да испита и установи да не постоје никакве процесне сметње за покретање судског кривичног поступка.

Негативно одређени услови за доношење одлуке о потврђивању оптужнице, уместо суштинске контроле основаности оптужнице до потребног степена сумње, стварају услове за формално вршење судске контроле оптужбе. Зато се у пракси најчешће и срећу решења о потврђивању оптужнице „формуларног“ типа, у којима се само набрајају докази, преписује диспозитив оптужнице и даје стереотипан закључак да према стању ствари произилази оправдана сумња.⁴²⁵ Тиме се омогућава да непотребно велики број чињенично недовољно заснованих оптужби пређе у судску фазу и на главни претрес. Тиме је уједно олакшано јавном тужиоцу покретање судског кривичног поступка, али и повећана опасност од неуспеха оптужбе. Кад је истрага „чисто“ јавнотужилачка, контрола оптужбе мора бити делотворан процесни механизам да спречи неоправдано изношење кривичне ствари на главни претрес, а то може бити само ако су услови за потврђивање оптужнице позитивно одређени, па би суд био дужан испитује и утврђује да ли постоји оправдана сумња да је окривљени учинио кривично дело које му се ставља на терет.

2.3.5.5. *Образложење судских одлука и право жалбе*

Све одлуке у поступку судске контроле оптужбе, изузев одлуке о допуни или спровођењу истраге, доносе се у форми решења. Сва решења која суд донесе у поступку контроле оптужнице морају бити образложена, „али тако да се унапред не

⁴²³ У хрватском процесном закону ово питање је регулисано у одредбама под насловом „4. Одлучивање о потврђивању оптужнице“: „Ако вијеће установи да је оптужница основана, донијет ће рјешење којим потврђује оптужницу“ (чл. 354. ст. 1. прва реченица ЗКП Хрватске).

⁴²⁴ Исто тако, види: А. Novokmet, *Sudska kontrola optužbe* (Zagreb: Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, 2015), стр. 501-502.

⁴²⁵ Ј. Тингор, „Бранилац као субјект потврђивања оптужнице“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 315.

утиче на решавање оних питања која ће бити предмет расправљања на главном претресу“ (чл. 342). Према у закону стоји да се односи на „сва решења“, забрана прејудуцирања одлуке на главном претресу, по логици ствари се не може односити на одлуке већа којом се кривична ствар не износи на главни претрес. Не може се замислити како би нпр. одлука о издвајању незаконитих доказа могла да прејудуцира мериторну одлуку коју суд треба да донесе на основу главног претреса, а поготову одлука о обустави кривичног поступка. Треба тумачити да се забрана прејудуцирања примарно односи на оне одлуке које подразумевају да се кривично гоњење наставља, односно да је оптужба процесно "опстала".⁴²⁶ Другим речима, забрана прејудуцирања се односи на образложење решења о потврђивању оптужнице.

У образложењу се уобичајено наводе разлози из којих произилази да постоји основ по коме се одлука доноси, али такав начин не би био прихватљив кад је у питању решење о потврђивању оптужнице, јер је основ за доношење ове одлуке негативно дефинисан. То би значило да у образложењу треба навести зашто суд није донео ниједну другу одлуку (о ненадлежности, о обустави поступка и о одбацивању оптужбе), јер је у закону као основ прописано „ако не донесе ниједно решење из члана 340. овог законика“. Међутим, образлагати зашто не постоје разлози за доношење других одлука, било би тешко ако не и немогуће. Зато ово образложење треба везати за материјални услов који је прописан за подизање оптужнице.

Образлагање одлуке у фази „претходног суђења о оптужби“, само по себи је комплексно, зато што се са одређеним степеном сумње само утврђује да ли се кривична ствар уопште може изнети на главни претрес, а не одлучује се са степеном извесности да ли је оптужба основана. Управо је то разлог због којег се установљава забрана да се утиче на она питања која ће бити предмет расправљања и одлучивања на главном претресу. Кад се сложености овог питања дода неадекватно одређење законског основа одлуке о потврђивању оптужнице, проблем постаје још комплекснији. Отуда је и разумљиво што се судови у пракси не сналазе увек и што изналазе веома прагматична решења. Тумачећи буквално одредбу о забрани прејудуцирања мериторне одлуке на главном претресу, заживело је тумачење у судској пракси према коме образложења

⁴²⁶ М. Шкулић, „Оптужење и мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014а), стр. 150.

решења којима се потврђују оптужнице не могу ни садржати разлоге јер се тиме ризикује да се прекрши ова изричита законска забрана.⁴²⁷

Проблеми везани за образложењем одлуке о потврђивању оптужнице и судска пракса која се с тим у вези уобичајила, доводе и до проблема преиспитивања ове одлуке у поступку по жалби. Најпре да објаснимо законску регулативу о могућностима изјављивања жалбе против одлука донетих у поступку контроле оптужбе.

Могућност изјављивања жалбе зависи од врсте одлуке донете у поступку судске контроле оптужбе и од тога ко је у закону означен као титулар права на жалбу, пошто неке одлуке жалбом може побијати само јавни тужилац, а неке само окривљени (чл. 343). Јавни тужилац има правни интерес да изјави жалбу против већег броја одлука које се могу донети у поступку контроле оптужбе. Он има право да изјави жалбу против одлуке о ненадлежности, одлуке о обустави поступка, одлуке о одбијању непосредне оптужбе и одлуке о одбацивању оптужнице. Окривљени има право да се жали само против одлуке о потврђивању оптужнице. Са правноснажношћу решења о њеном потврђивању, оптужница се сматра потврђеном.⁴²⁸ Још треба додати да је против решења о издвајању записника и обавештења допуштена посебна жалба (чл. 337. ст. 6. друга реченица), коју имају право да изјаве обе странке.

Новина је жалба против одлуке суда којом се кривична ствар износи на главни претрес, сада названа као одлука о потврђивању оптужнице, која раније није постојала, а не предвиђа је ни већина законодавстава у упоредном праву. Није предвиђена у систему контроле оптужбе већине европских земаља, као што су Немачка,⁴²⁹ Аустрија,⁴³⁰ Холандија,⁴³¹ а ни у реформисаним поступцима контроле оптужбе ексјугословенских држава – Босне и Херцеговине,⁴³² Македоније,⁴³³ Хрватске,⁴³⁴ Црне Горе⁴³⁵.

⁴²⁷ Ј. Тинтор, „Бранилац као субјект потврђивања оптужнице“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 317.

⁴²⁸ С. Ђурђић, „Квалитет оптужнице као инструмент државне реакције на криминалитет“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 290.

⁴²⁹ У немачком процесном законнику није дозвољена жалба против одлуке о упућивању кривичне ствари на главни претрес (§210 StPO).

⁴³⁰ Пошто се поступак контроле оптужбе у аустријском кривичном поступку покреће по приговору против оптужнице, предвиђено је да ако приговор не буде поднет или суд донесе одлуку да је оптужба правоваљана, суд ће без одлагања одредити главни претрес (§213 ст. 4. StPO).

⁴³¹ У холандском кривичном поступку допуштена је само жалба против одлуке о ненадлежности суда и одлуке о одбијању оптужбе (чл. 262а ст. 1. Sv).

⁴³² У поступку контроле Републике Српске допуштена је жалба тужиоца против одлуке судије за претходни поступак којом одбија све или поједине тачке оптужбе (чл. 243. ст. 2). „Након што се потврде

Установљавање жалбе против одлуке којом се кривична ствар износи на главни претрес, двојачко је упитно, са становишта ефикасности кривичног поступка и са становишта делотворности овог правног лека.

Са увођењем жалбе на одлуку о потврђивању оптужнице, поступак се успорава и не доприноси суђењу у разумном року, а у случајевима кад се побијано решење укине, то одуговлачење је значајно. Ни суштински се са увођењем жалбе нешто нарочито не добија, пошто се одлуком која се жалбом побија не одлучује о кривици окривљеног већ само да ли му се може судити.

Са становишта делотворности, поставља се питање какав успех може имати жалба против одлуке чије образложење није сигуран ослонац за побијање диспозитива. Проблем је у ствари у томе што суд не оцењује сваки доказ појединачно, нити врши оцену противречених доказа, па зато образложење мора бити сумарно. Ако се томе дода још, да се у пракси усталило да ванпретресна већа врше само оцену квантитета доказа, али не и квалитета, логично би било да буде велики број неоснованих жалби. Међутим, ако другостепени суд буде испитивао жалбене наводе као у другостепеном поступку по жалби на пресуду, где свака одлучна чињеница мора бити истинито утврђена, онда ће бити значајан број укинутих решења о потврђивању оптужнице. Изгледа да судска пракса иде ка ово друго решењу, тако што другостепени суд показује тенденцију да од ванпретресног већа које је у првом степену потврдило оптужницу очекује скоро „суђење пре суђења“, што доводи, „како до претераног одуговлачења у овој фази која претходи суђењу, тако и до честог, углавном непотребног укидања решења о потврђивању оптужнице, те враћању предмета првостепеном суду од којег се очекује да постојање или непостојање оправдане сумње разјасни у таквој мери, да би то

поједине или све тачке оптужнице, осумњичени добија статус оптуженог. Судија за претходно саслушање доставља оптужницу оптуженом и његовом браниоцу.“ (чл. 243. ст. 4. ЗКП Републике Српске).

⁴³³ У македонском процесном законнику предвиђена је жалба јавног тужиоца против одлуке о оглашавању ненадлежним и одлуке којом је оптужни акт оцењен као неоснован (чл. 340), а жалба против одлуке о потврђивању оптужбе није дозвољена је „оптужни акт ступа на правну снагу даном доношења решења о његово одобравању, односно са уписивањем клаузуле за одобравање оптужног акта“ (чл. 343. ЗКП Македоније).

⁴³⁴ Види чл. 354. и чл. 367. ЗКП Хрватске.

⁴³⁵ У црногорском процесном законнику изричито је прописано не само против којих одлука је дозвољена него и против којих одлука жалба није дозвољена. Предвиђено је да се жалба може изјавити против одлуке о ненадлежности, а да против одлуке о обустави кривичног поступка жалбу могу изјавити тужилац и оштећени, с тим што је посебном одредбом истакнуто да „против осталих одлука суда донесених поводом контроле оптужнице жалба није дозвољена“ (чл. 297. ст. 1. ЗКП ЦГ).

у ствари, могло произићи једино из првог контрадикторног доказног поступка⁴³⁶ на главном претресу.

Све су то разлози да се жалба против решења о потврђивању оптужнице укине као неделотворно правно средство и зато што одуговлачи суђење у првом степену. У прилог идеје да оптужница стаје на правну снагу моментом потврђивања оптужнице, иду и законска решења у упоредном праву.

2.4. ФОРМИРАЊЕ СУДСКЕ ФАСЦИКЛЕ

Да резултати предпретресних фаза које спроводи или њима руководи јавни тужилац, не би „контаминирали“ судећи суд, контролу оптужбе у већини савремених кривичних процедура врши несудећи судски орган. При тако организованој судској контроли оптужбе, једина могућност да се резултати јавнотужилачке истраге прелију на судећи суд је преко списка предмета. Због тога се у савременим законодавствима која су реформе кривичног поступка утемељила на идеји адверзијализације судског кривичног поступка, посебна пажња посвећује формирању судских списка након истраге коју је спровео јавни тужилац.

Типичан пример је италијански кривични поступак, у коме одмах након издавања налога којим се одређује суђење, што је аналогно одлуци о потврђивању оптужнице, судија приступа уз контрадикторно суделовање странака, састављању списка за претрес (чл. 431. ст. 1. ЗКП Италије). Уопштено посматрано, у расправни (судски) спис предмета улазе записници о непоновљивим радњама правосудне полиције и јавног тужиоца, исправе из иностранства, записници са доказног рочишта, предмети кривичног дела, извод из казнене евиденције и записници о радњама предузетим у иностранству. Расправни спис се разликује од јавнотужилачког, који се предаје секретаријату трибунала. Разлика између ових списка је чворна тачка у поступку, јер се извођење доказа поверава главном претресу „избегавајући да судија може бити условљен познавањем списка истраживања“.⁴³⁷

Македонски законодавац, настојећи да превазиђе утицај истраге на главну расправу, као што је то био случај у претходном систему, уводи ограничење које ће списе судија, односно веће за оцену оптужнице доставити судећем већу, што је веома

⁴³⁶ М. Шкулић, „Оптужење и мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014а), стр. 172.

⁴³⁷ Maria Grazia Copetta, „Knjiga peta - Prethodna istraživanja i prethodno ročište“, у: *Talijanski krivični postupak*, ur. Berislav Pavišić (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2002), str. 157.

важно јер „контаминираност“ сазнањима из претходних стадијума може угрозити непристрасност и објективност судија у току главне расправе и приликом доношења крајње судске одлуке о кривици и кривичној санкцији.⁴³⁸ Зато прописује да је након ступања оптужнице на правну снагу, судија односно веће за оцену оптужнице дужно да селектира спис предмета и да упуту судећем суду само неке списе. У одредбама о „упућивању на суђење“, предвиђено је да „оптужни акт, решење о његовом одобравању, достављени материјални докази и листа доказа које странке предлажу да изведу, достављају се надлежном суду“, док се „записници и снимци испитивања лица враћају јавном тужиоцу“ (чл. 344. ст. 1. и 2. ЗКП Македоније). Ово је решење резултат настојања да се ограничи упознавање судећег судије са свим доказима прикупљених у истрази, с циљем да судећи судија не добије претходна сазнања о исказима сведока прикупљеним у истрази, „већ да чује њихов исказ премијерно на самој главној расправи.“⁴³⁹

Најрестриктивнији приступ формирању судских списа заступљен је у законодавствима Босне и Херцеговине. Прописано је „Након уношења изјаве о кривици у записник, судија за претходно саслушање ће проследијети предмет судији, односно вијећу којем је предмет додијељен у сврху заказивања главног претреса, а *доказе које поткрепљују наводе оптужнице враћа тужиоцу*“ (чл. 247. ст. 4. ЗКП Републике Српске). То практично значи да судеће веће уопште није у могућности да се упозна са раније изведеним доказима јавног тужиоца, па зато спроводи главни претрес само на основу оптужнице, а пресуђује на основу доказа непосредно изведених на главном претресу.

Насупрот решењима у упоредном праву, наш законодавац уопште не посвећује пажњу формирању судских списа након јавнотужилачке истраге. У законнику уопште нема правила о формирању судских списа, већ само када се и ком судском органу предају јавнотужилачки списи предмета, формирани пре подизања оптужног акта. Најпре се поставља правило да се уз оптужницу, већу „достављају и списи сачињени током истраге од стране јавног тужиоца“ (чл. 333. ст. 1. друга реченица). Након контроле оптужбе, кад оптужница буде потврђена, ти исти списи предмета се достављају председнику судећег већа (чл. 344. ст. 1). На тај начин, простом предајом,

⁴³⁸ Гордана Лажетић-Бужаровска, „Оптужење према ЗКП Македоније - законска решења и практична искуства у њиховој примени“ (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 407.

⁴³⁹ *Ibidem*, стр. 421.

јавнотужилачки списи постају судски, и то без изузимања било којег списка. То допушта „контаминацију“ судећих судија доказним материјалом који је у истрази или предистрази прикупио јавни тужилац. Тиме се предност јавног тужиоца као државног органа и надмоћ над окривљеним из истраге, преко списка предмета преноси и у судски поступак, у коме би странке требало да буду равноправне. „Због надмоћног положаја јавног тужиоца у предпретресним фазама поступка, у односу на окривљеног као супротне странке, пошто му на располагању стоје сви државни ресурси, посве је јасно да ће се кроз тако формиране „судске“ списе његов утицај пренети до судећег већа и несумњиво утицати на уверење судија приликом изрицања пресуде, независно од доказа који буду изведени на главном претресу“.⁴⁴⁰

Док је наш поступак био мешовити (у коме се не инсистира на равноправности у тој мери као у адверзијалном поступку), до судећег већа могли су допрети само судски списи, односно докази које је суд извео и списи и предмети које је суд прибавио. У том моделу поступка, пресуда се није могла заснивати на доказима које је извео јавни тужилац. Сада, када је главни поступак уређен на адверзијалним принципима, што претпоставља страначку равноправност високог степена, сви списи јавног тужиоца се простом предајом трансформишу у судске, а пресуда се може заснивати и на доказима које је извео јавни тужилац у истрази без њиховог поновног извођења на главном претресу. Са тог становишта посматрано, прокламована равноправност кривичнопроцесних странака у новом моделу кривичног поступка Србије, постаје само формална.

Поред „контаминације“ судећег већа, непостојање правила о формирању судских списка, због чега се фактичком радњом (предајом) јавнотужилачки списи претварају у судске, има још једну ману. Пошто са предајом судећем већу списка предмета које је у истрази формирао јавни тужилац, судије имају могућност да се упознају са свим изведеним доказима, па и оним који потичу из субјективних извора, поставља се питање има ли смисла основно и унакрсно испитивање сведока и вештака на главном претресу. Логично је и продуктивно да странка кроз директно и унакрсно испитивање сведока поентира пред поротом или судећим већем које за доказе по први пут сазнаје на главном претресу. Није јасно како странка може да поентира кад је судеће веће упознато са свим доказима изведеним у јавнотужилачкој истрази. То би се

⁴⁴⁰ В. Ђурђић, „Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)“, у: *Тужилачка истрага* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2014а), str. 66.

могло постићи једино ако неки сведок у истрази није испитан или ако другачије исказује на главном претресу, али је таквих доказа далеко мање.

„Настојећи да превазиђе утицај истраге на главну расправу, као што је то био случај у претходном систему, ЗКП уводи ограничење које ће списе судија односно веће за оцену оптужнице доставити судећем већу. Ово је веома важно због непристрасности судећих судија и њиховом "неконтаминираности" сазнањима из претходних стадијума који могу угрозити њихову непристрасност и објективност у току главне расправе и приликом доношења крајње судске одлуке у вези кривице и кривичне санкције.”⁴⁴¹

„Након уласка оптужнице у правну снагу, судија односно веће за оцену оптужнице дужно је да селектира спис предмета и да упути на суђење само неке списе. Ово је решење резултат настојања да се ограничи упознавање судећег судију са читавим доказима прикупљених у истрази тужиоца и браниоца, а с циљем да судећу судија не добије претходна сазнања у вези исказа сведока прикупљених у истрагу, већ да чује њихов исказ премијерно на самој главној расправи.”⁴⁴²

⁴⁴¹ Г. Лажетић-Бужаровска, „Оптужење према ЗКП Македоније - законска решења и практична искуства у њиховој примени“ (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014), стр. 407.

⁴⁴² *Ibidem*, стр. 421.

V. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ КАО НОСИЛАЦ ФУНКЦИЈЕ ОПТУЖБЕ У ГЛАВНОМ СТАДИЈУМУ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

У главном кривично поступку, који је у целости судске природе, предузима се велики број разноврсних радњи различитих по својој природи и садржини. Уобичајено се све те радње теоријски разврставају у три елемента његове структуре, односно у три фазе: припремање главног претреса,⁴⁴³ главни претрес и доношење пресуде.⁴⁴⁴ После реформисања стадијума претходног кривичног поступка и увођења јавнотужилачке истраге, јавила су се и гледишта да потврђивање оптужнице треба научно систематизовати као прву фазу главног стадијума, јер са подизањем и контролом оптужбе започиње судски кривични поступак.⁴⁴⁵

Последњом реформом кривичног процесног законодавства, главни поступак је радикално преуређен, са идејом да се судски кривични поступак изгради на адверзијалним принципима. Настале су неке нове кривичнопроцесне установе и нова процесна правила, друге пак установе и неки основни принципи су укинута, а задржане су из старог закона бројне одредбе претежно правотехничког карактера. Све те новине посматраћемо са становишта процесног положаја јавног тужиоца, односно у којој мери јача положај јавног тужиоца, с једне стране, и колико се трансформише у типичну кривичнопроцесну странку, с друге стране. Кад се са тог становишта посматра нова законска регулатива, као новине које осликавају нови положај јавног тужиоца могу се издвојити: припремно рочиште, укидање истражне максиме и начела истине које доводи до потпуне пасивизације суда, реформисани ток главног претреса, адверзализација поступка доказивања на главном претресу, пре свега увођење унакрсног испитивања сведока и вештака и друге новине мањег значаја. Све те нове установе и нова процесна правила, као и задржане одредбе из старог законика које сада у новом моделу главног претреса значајно мењају положај јавног тужиоца,

⁴⁴³ Васиљевић сматра да је цепање главног поступка на три фазе претерано, јер највећи број радњи који се разврстава у ову фазу је чисто техничке природе и нису у стању да образују посебну фазу већ служе главном претресу (Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ* (Београд: Завод за издавање уџбеника, 1971), стр. 517, fusnota 5).

⁴⁴⁴ С. Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), стр. 52; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), 113; М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Седмо измењено и дупуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 294; С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 104; С. Кнежевић, *Кривично процесно право* (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015), стр. 31.

⁴⁴⁵ А. Novokmet, *Sudska kontrola optužbe* (Zagreb: Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu, 2015), стр. 484-486.

анализираћемо и објаснити руководећи се законским следом фаза у овом стадијуму и следом радњи у свакој од њих.

1. УЛОГА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА ПРИПРЕМНОМ РОЧИШТУ

1.1. ЗАКОНСКЕ ПРЕТПОСТАВКЕ, СВРХА И ТОК ПРИПРЕМНОГ РОЧИШТА

У фази припремања главног претреса најзначајнија новина је установљавање припремног рочишта, као потпуно новог кривичнопроцесног инстистута, док је уређење осталих делатности истоветно са ранијим законским решењима, остварено преузимањем одредби старог процесног законика.⁴⁴⁶ Припремно рочиште је једна од „упадљивих консеквенци“ адверзијализације нашег новог кривичног поступка.⁴⁴⁷ По својој природи, како се из самог назива види, реч је о рочишту чији је задатак да *омеђи предмет расправе* како би се створили услови да главни претрес тече континуирано, без застоја и одлагања.⁴⁴⁸

Разлог за увођење припремног рочишта је неефикасност главног претреса у ранијем моделу кривичног поступка узрокована тиме што није постојало никакво временско ограничење изношења нових чињеница и предлагања нових доказа, што се доказивало и оно што јесте и оно што није било спорно, што су судови некритички прихватили доказне предлоге итд.⁴⁴⁹ Управо је са увођењем припремног рочишта, установљен „принцип преклузије доказа“, ⁴⁵⁰ који лимитира слободу доказних предлога након одржаног припремног рочишта, односно предлагање доказа у недоглед и спречава тактизирање странака када ће предложити неки доказ.

Срж делатности кроз које се остварује главни задатак припремног рочишта је да се на основу изјашњавања странака *одреде чињенична и правна питања* о којима ће се

⁴⁴⁶ Преузете су одредбе старог процесног законика којим су регулисане све остале делатности које представљају правнотехничку припрему за континуирано одвијање главног претреса: о заказивању главног претреса; о издвајању записника и обавештења; о спајању и раздвајању поступка; о позивању лица на главни претрес; о прибављању и извођењу доказа пре главног претреса; о обезбеђењу допунских судија; о обустави кривичног поступка због одустанка јавног тужиоца од гоњења (види чл. 283 до 290. ЗКП из 2001. године).

⁴⁴⁷ Милан Шкулић, „Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспекти)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 113.

⁴⁴⁸ В. Бурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 114.

⁴⁴⁹ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 105.

⁴⁵⁰ О преклузији која се односи на предлагање доказа види: Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije* (Zagreb: 2010), стр. 106; Gordana Lazetić Božurovska, „Glavna rasprava prema ZKP Makedonije (teorija i praksa)“, у: *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku* (Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji, 2015), стр. 116.

расправљати и *који ће се докази извести* на главном претресу.⁴⁵¹ Остваривањем овог задатка, убрзаће се главни претрес и повећати његова ефикасност, јер ће моћи да се планира његово трајање. Поред овог главног, постоје и споредни задаци припремног рочишта, који се односе на решавање одређеног броја процесних питања.

Имајући у виду све те задатке, прописано је да се на припремном рочишту:

- странке изјашњавају о предмету оптужбе,
- образлажу докази који ће бити изведени на главном претресу и предлажу нови докази,
- утврђују чињенична и правна питања која ће бити предмет расправљања на главном претресу,
- одлучује о евентуалном споразуму о признању кривичног дела,
- одлучује о притвору,
- одлучује о обустави кривичног поступка,
- одлучује и о другим питањима за која суд оцени да су од значаја за одржавање главног претреса (чл. 345. ст. 1).

Припремно рочиште није обавезно за сва већ само за најтежа кривична дела, са запређеном казном од дванаест година затвора или тежом казном док код осталих кривичних дела може изостати под следећим условима: 1) да се ради о кривичним делима са запређеном казном до дванаест година затвора и 2) да председник већа оцени да одржавање припремног рочишта није потребно с обзиром на прикупљене доказе, спорна чињенична и правна питања или сложеност предмета (чл. 346 ст. 3). Из овакве регулативе, очито је замислио законодавца била да припремно рочиште буде правило, а да само изузетно може да одустане кад то процесни председник судећег већа. Међутим, зато што нема традицију, у пракси се овај нови институт само изузетно примењује у случајевима кад по закону није обавезан. Према објављени истраживањима, пред основни судом заступљеност је скоро незнатна, око 1%, а пред вишим судовима примењује се у око 7% случајева.⁴⁵²

Припремно рочиште се одржава пред председником судећег већа, без присуства јавности. У питању је тзв. страначка јавност, пошто рочишту могу присуствовати странке, бранилац и оштећени. На припремно рочиште се сходно примењују одредбе о

⁴⁵¹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 114.

⁴⁵² Мирослав Алимпић – Тамара Радовић, „Припремно рочиште (норма, пракса - оправдано или не?)“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2017), стр. 433.

главном претресу, осим кад је законом другачије уређено (чл. 345 ст. 4), што значи да су одредбе о припремом рочишту *lex specialis* у односу на одредбе о главном претресу, које се јављају као *lex generalis*.

Председник судећег већа заказује припремно рочиште наредбом, којом одређује датум, време и место његовог одржавања, најкасније у року од 60 дана, а ако је окривљени у притвору најкасније у року од 30 дана од дана пријема у суд потврђене оптужнице. Председник већа на припремно рочиште позива странке, браниоца и оштећеног, а такође и законског заступника и пуномоћника кад га оштећени има (чл. 347 ст. 1). Позив обавезно садржи два упозорења странкама, да на припремном рочишту могу предложити нове доказе ако су за њих сазнале након потврђивања оптужнице, као и да се на заказаном припремном рочишту може одржати главни претрес.

Припремно рочиште се одвија аналогно току главног претреса. После отварања, председник већа најпре утврђује да ли су сви позвани субјекти присутни. Припремно рочиште се може одржати и ако се оптужени не одазове позиву, под условом да је присутан његов бранилац. Након тога се изјашњавају странке. Најпре јавни тужилац излаже оптужбу, истоветно као на главном претресу, с једном разликом која се састоји у томе да јавни тужилац на припремном рочишту може предложити суду изрицање одређене врсте и мере кривичне санкције (чл. 349. ст. 1). Тиме су створени услови да јавни тужилац утиче на казнену политику судова, о чему ће бити посебно речи у посебној глави дисертације. Потом се изјашњава оптужени, али пре него се изјасни, председник судећег већа га поучава о његовим правима и дужностима, што је посебно значајно јер од изјашњења оптуженог зависи предмет расправе и обим доказивања на главном претресу. Наиме, од признања оптуженог, да ли учињено дело признаје у целини или пориче оптужбу у потпуности или делимично, директно зависи која чињенична питања ће бити предмет расправе, а самим тим и обим расправе. Ако оптужени оспорава наводе оптужбе, председник већа има обавезу да га позове да се изјасни који део оптужнице оспорава и из којих разлога, а такође да га упозори да ће се на главном претресу изводити само докази у вези са оспореним делом оптужнице (чл. 349. ст. 4).

После изјашњавања странака на припремном рочишту које је отворено, следи одређивање доказа који ће се извести на главном претресу. Председник већа прво позива странке, браниоца и оштећеног да предложе доказе које намеравају да изведу на

главном претресу и да своје предлоге образложе. Том приликом мора их упозорити да се на главном претресу неће изводити они докази који су им били познати, а које без оправданог разлога нису предложили на припремном рочишту. Пошто је сазнање да неки извор доказа постоји, субјективна чињеница, питање је како ће суд знати и утврђивати ту чињеницу. Прописано је да се на припремном рочишту примењује начело контрадикторности, тако што се свака странка изјашњава о предлозима супротне странке и оштећеног. Међутим, не врши се контрадикторна провера вредности доказа, већ се странке изјашњавају само о томе да ли је предложени доказ потребан и адекватан за доказивање спорних чињеница. Приликом одлучивања о предлозима за извођење доказа сходно се примењују одредбе о предлагању доказа на главном претресу. То значи да председник судећег већа може решењем прихватити и одбити доказни предлог (ако је предложено извођење доказа који је незаконит, ако се не односи на предмет доказивања или је предлог очигледно усмерен на одуговлачење поступка). И сам председник већа, без ичије иницијативе, може наредити прибављање нових доказа за главни претрес, под условима из чл. 15. ЗКП. Ако оптужени призна да је учинио кривично дело, предлагање доказа за главни претрес се ограничава на доказе од којих зависи оцена да ли признање испуњава потребна законске и на доказе од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције (чл. 350. ст. 3).

Поред омеђивања предмета расправе на главном претресу и одређивања листе доказа који ће се на њему извести, на припремном рочишту могу се решити и друга процесна питања. Зависно о којим питањима се ради, председник може донети следеће одлуке: решење о издвајању записника и обавештења,⁴⁵³ решење да се на заказаном рочишту одржи главни претрес,⁴⁵⁴ одлуку о споразуму о признању кривичног дела,⁴⁵⁵ решење о укидању притвора или његовој замени блажом мером обезбеђења присуства⁴⁵⁶ и решење о обустави поступка⁴⁵⁷. На припремном рочишту се доноси решење о обустави поступка из истих оних разлога због којих се на главном претресу доноси пресуда којом се оптужба одбија (чл. 352. ст. 1).

Припремно рочиште се може трансформисати у главни претрес ако председник већа оцени да су се за то стекли услови. Потребно је да председник судећег већа оцени да се сагласно закону може одржати главни претрес, с обзиром на предложене доказе,

⁴⁵³ Види чл. 346. ст. 5. ЗКП-а.

⁴⁵⁴ Види чл. 350. ст. 6. ЗКП-а.

⁴⁵⁵ Види чл. 348. ст. 5. и 6. ЗКП-а.

⁴⁵⁶ Види чл. 351. ЗКП-а.

⁴⁵⁷ Види чл. 352. ЗКП-а.

чињенице које ће бити предмет доказивања и правна питања о којима ће се расправљати (чл. 350. ст. 6). Трансформација рочишта је могућа кад се испуне законске претпоставке за одржавање главног претреса у погледу присуства позваних лица. Тада председник судећег већа доноси решење о одржавању главног претреса, с тим што је дужан да пре доношења решења о томе узме изјаве од странака.

Везано за трансформацију припремног рочишта у главни претрес, могу се поставити два питања. Прво, како обезбедити присуство сведока и вештака да би били испитани на главном претресу? Изгледа да је законодавац имао у виду потпуно признање оптуженог, у ком случају се на главном претресу оцењује само да ли признање испуњава законске услове и изводе докази везани за врсту и висину кривичне санкције. Све те чињенице могу се доказати на основу списка о изведеним доказима у истрази и материјалних доказа који се прибављају за припремно рочиште. Друго питање тиче се начела јавности. Припремно рочиште се одржава без присуства јавности, а треба да се трансформише у главни претрес који је по закону јаван. Овакво законско решење је проблематично јер нису обезбеђене реалне претпоставке за општу јавност на главном претресу, мада таква јавност формално није искључена.⁴⁵⁸ По логици ствари, такав главни претрес ће бити одржан без присуства јавности или уз некакво "симулирање" јавности.⁴⁵⁹

Законском уређењу припремног рочишта стављају се концепцијске примедбе, које се у основи свде на то да је конципирани модел припремног рочита у нескладу са претпоставком невиности. Правичност поступка доводи се у питање пре свега са становишта претпоставке невиности и права на одбрану из два разлога, зато што се темељи на имплицитном ставу о истинитости навода оптужбе и садржи правила о „изнуђивању“⁴⁶⁰ доказа одбране. Спорна је одредба чл. 249. ст. 4, према којој ће се „на главном претресу изводити само докази у вези са оспореним делом оптужнице“. Из овако формулисане законске забране прозилази да се јавни тужилац, уместо да доказује све чињенице на којима заснива оптужну тезу, практично ослобађа терета доказивања оних чињеница које одбрана не оспори, па је зато у цитираној одредби садржан имплицитан став законодавца да су те чињенице истините, што противречи

⁴⁵⁸ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 109 и 110, фуснота 83.

⁴⁵⁹ М. Шкулић, „Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 114.

⁴⁶⁰ Опширније: В. Ђурђић, „Законске гаранције права на правично суђење у кривично поступку Србије“, *Зборник правног факултета у Нишу*, 70 (2015), стр. 385. и 386.

претпоставци невиности.⁴⁶¹ Неуки оптужени, нарочито они који немају браниоца а „малтене не знају ни шта значи реч оспоравати“, на овај се начин потенцијално доводе у веома тежак положај, јер ако уопште не оспоравају оптужбу, ни један њен део, то значи тужилац ништа не мора ни да доказује и тако сам главни претрес практично постаје непотребан, а осуда окривљеног "загарантована", па зато домет ове одредбе „у пракси може бити изузетно далекосежан у правцу стварања услова за испољавање драстичних неправичности у кривичном поступку“.⁴⁶²

1.2. ЈАЧАЊЕ ПОЛОЖАЈА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У СВОЈСТВУ КРИВИЧНОПРОЦЕСНЕ СТРАНКЕ

У нашем ранијем моделу кривичног поступка до последње реформе, није било припремног рочишта, па се не могу ни посматрати промене у положају јавног тужиоца. Зато ћемо укратко објаснити коју улогу и какав општи положај има јавни тужилац на припремном рочишту, узимајући у обзир напред изнету анализу законске регулативе ове нове установе.

Из одредаба о позивању на припремно рочиште, о изјашњавању на рочишту, о предлагању доказа, о укидању притвора, као и одредбе о обустави кривичног поступка због одустанка од оптужбе, произилази да је јавни тужилац нормативно третиран искључиво као кривичнопроцесна странка. Нема процесних правила која привилегују јавног тужиоца као државног органа, што иде у прилог страначке равноправности кад се настоји изградити један правичан поступак.

И поред настојања законодавца да се рочиште нормативно уреди тако да се на њему изјашњавају две равноправне странке, ипак је ојачан положај јавног тужиоца у тој мери да постаје надмоћан у односу на противну странку, и то кроз ефекте припремног рочишта произашле из два концепцијска решења: прво, као последица трансформације припремног рочишта у главни претрес, и друго, путем правила о смањењу обима доказивања на главном претресу, којима се имплицитно потврђује истинитост оптужне тезе.

Кад се ради о првом концепцијском решењу, предвиђена могућност да се на заказаном припремном рочишту одржи главни претрес неспорно доприноси убрзању поступка, што је изгледа и био циљ законодавца, али фаворизује јавног тужиоца, што

⁴⁶¹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 118. и 119.

⁴⁶² М. Шкулић, „Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспекти)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 113 и 114.

би била негативна страна решења, са становишта процесне равноправности странака. Такав ефекат настаје зато што редовно неће бити могућности да се докази непосредно изводе из субјективних извора, јер се на припремно рочиште не позивају сведоци и вештаци, па не могу бити непосредно испитани на главном претресу у који се претвара припремно рочиште. То практично значи да ће се докази изводити посредно, из списка предмета, у којима су фиксирани резултати доказних радњи које је јавни тужилац предузео у истрази. Вероватно је законодавац имао у виду да се главни претрес држи у ситуацијама кад оптужени призна у целости оптужбу или кад оспорени део оптужбе буде сасвим мали. На тај начин, посредним доказивањем које се врши упознавањем са записницима из истраге, резултати доказних радњи које је спровео јавни тужилац преливају се на утврђивање одлучних чињеница и проверу признања оптуженог. Докази које је извео јавни тужилац постају одлучујући. Због тога се може рећи да стварни ефекти одржавања главног претреса на заказаном припремом рочишту фаворизују јавног тужиоца иако се нормативно третира само као кривичнопроцесна странка.

Други ефекат припремног рочишта који ставља јавног тужиоца у надмоћан положај у односу на противну странку, последица је законске концепције предмета доказивања примењене на припремно рочиште. Према законској дефиницији, не доказују се, између осталог, чињенице о којима постоји сагласност странака која није у супротности са осталим доказима (чл. 83. ст. 3), што је одраз укидања начела истине и истражне максиме. Ова концепција да се не доказују чињенице које су међу странкама неспорне, на припремом рочишту се испољава кроз ефекат смањења обима доказивања у односу на део оптужнице који оптужени не оспорава – на главном претресу се неће изводити докази о чињеницама из дела оптужнице који није оспорен. Управо ово ублажавање терета доказивања (који је на тужиоцу) доводи јавног тужиоца у повољнији положај. Јавни тужилац се ослобађа доказивања оних чињеница које нису оспорене на припремом рочишту, уместо да према адверзијални правилама о терету пружања доказа (чл. 15. ст. 2) има обавезу да доказује све чињенице од којих зависи успех оптужбе.

У тако повољан положај јавни тужилац долази из два разлога. Прво, кад је оптужени неук а нема браниоца, оптужени због незнања неће оспоравати оптужницу уопште или је због нестручности неће оспорити у оном делу који је у конкретном случају најтежи тужиоцу за доказивање, па је јавном тужиоцу у тим случајевима

олакшан задатак. Обавезна стручна одбрана на припремном рочишту, предупредила би ову надмоћ јавног тужиоца на припремном рочишту. То је аргумент због кога треба унапредити законско уређење тако што би се прописало да оптужени на припремном рочишту мора да има браниоца, а ако га сам не изабере, да у том случају за суд настане обавеза да му постави браниоца по службеној дужности. Други разлог је везан за *implicite* установљену претпоставку да је истинито у оптужници све оно што окривљени не оспори,⁴⁶³ без обзира да ли до тога долази због неукости окривљеног или као израз тактике одбране. Занемарујући на овом месту да се тиме доводи у питање претпоставка невиности, о чему смо напред излагали, имплицитна презумпција истинитости оптужне тезе дефинитивно „штити“ јавног тужиоца да не доказује део оптужнице који није оспорен. Окривљени не може у каснијем току поступка променити свој став, јер ће сви доказни предлози бити одбијени због уведене преклузије предлагања доказа, па се јавни тужилац дефинитивно ослобађа доказивања неоспореног дела оптужнице. Наиме, логично је да окривљени на припремном рочишту неће предложити доказе за доказивање чињеница из дела оптужнице који није оспорио, али је тиме загарантовао да је тај део оптужбе тачан. У такву ситуацију окривљени може доћи и грешком, али за њену исправку закон не предвиђа правна средства помоћу којих би учињену грешку исправио. Све то у крајњем доводи у питање читаву нормативну разраду концепције припремног рочишта. Зато се може размишљати да се се сврха повећања ефикасности и убрзања поступка којој служи припремно рочиште постигне увођењем рочишта за контролу оптужбе, које би могло бити конципирано тако да преузме и неке циљеве којима служи припремно рочиште.

1.3. ПРИПРЕМНО РОЧИШТЕ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

За припремно рочиште се не може рећи да је то установа без које нема одређеног типа кривичног поступка. Тачније би било констатовати да је то кривичнопроцесна установа типична за адверзијални модел кривичног поступка, али не и обавезна, пошто је нема у свим кривичним поступцима овога типа. Зато ћемо објаснити законска решења и у неким законодавствима која предвиђају припремно рочиште, али и она које ову установу не познају, имајући у виду њену сврху да омеђи предмет расправе и одреди листу доказа која ће се извести на главном претресу.

⁴⁶³ Исто тако сматра и професор Шкулић, само што употребљава израз „претпоставке *тачности* оптужнице“ (Види: М. Шкулић, „Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије“, у: Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект) (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 114).

Као законодавства која познају припремно рочиште навешћемо босанско-херцеговачка, црногорско и хрватско законодавство.

У Босни и Херцеговини сва четири процесна законика предвиђају ову установу под називом „претпретресно рочиште“,⁴⁶⁴ али ћемо објаснити само једно и то законско решење Републике Српске, пошто су међусобно истоветна. У процесном закону Републике Српске постоји само једна одредба којом је регулисана ова установа, и гласи „Током припрема за главни претрес судија или предсједник вијећа може одржати рочиште са странкама и браниоцем да би се размотрила питања која су релевантна за главни претрес“ (чл. 249. ЗКП РС). Одржавање припремног рочишта није обавезно већ само кад је то потребно за успешно одвијање главног претреса. Циљ је претпретресног рочишта да се на њему изврши припрема да главни претрес уопште може да почне и да несметано тече, конкретније да судија односно председник већа дође до „информација које су важне за руковођење и трајање главног претреса, колико је странци и браниоцу потребно времена за извођење њихових доказа, који су докази неспорни, да ли намеравају да користе право на реплику, односно дуплику и сл.“⁴⁶⁵

И црногорски процесни законик предвиђа ову установу под пуним називом „припремно рочиште за главни претрес“. Прописано је да председник већа може позвати на припремно рочиште странке, браниоца, оштећеног, пуномоћника оштећеног, а по потреби вештака и друга лица, ако сматра да је потребно ради утврђивања будућег тока главног претреса и планирања који ће се докази, на који начин и у којем времену извести на главном претресу (чл. 305. ст. 1. ЗКП ЦГ). Рочиште се одржава без присуства јавности, на коме председник већа упознаје присутне са планираним током главног претреса и од њих тражи да се изјасне о томе, као и да изнесу своје доказне предлоге, а нарочито да се изјасне о томе да ли су у могућности да се у одређеним данима и у одређеном времену, планираном од стране председника већа, одазову позиву суда и присуствују главном претресу. Као и српски законодавац и црногорски законодавац промовише принцип преклузије доказних предлога, предвиђајући да се странке на рочишту посебно упозоравају да све доказне предлоге морају изнети на припремном рочишту, јер је суд на главно претресу овлашћен да одбије нове доказне предлоге ако странке не учине изесним да су биле у немогућности да то учине у време

⁴⁶⁴ Види чл. 233а ЗКП Босне и Херцеговине, чл. 248а ЗКП Федерације БиХ, чл. 233а ЗКП-а Брчко дистрикта.

⁴⁶⁵ М. Simović – V. Simović, *Krivično procesno pravo II* (Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo, 2018), , стр. 143.

одржавања припремног рочишта. Припремно рочиште није обавезно већ само кад председник већа оцени да је то потребно. Осим за упознавање са предлозима доказа које ће се извести на главном претресу, рочиште је значајно што омогућава да се термин одржавања главног претреса прилагоди могућностима странака и других процесних субјеката који на њему треба да учествују.⁴⁶⁶

Хрватски законодавац је детаљно уредио припремно рочиште, посвећујући у већи број одредби распоређених у једанаест чланова законика.⁴⁶⁷ Припремно рочиште је обавезно за кривична дела са прописаном казном затвора изнад петнаеста година, док за остала дела зависи од оцене председника судећег већа, а не држи се ако је постигнут страначки споразум о кривици. Рочиште се одржава *in camera* пред председником судећег већа. Задатак је припремног рочишта: а) откривање доказа које ће странке извести на претресу, б) предлагање нових доказа, в) прибављање списа и предмета, г) поука о имовинскоправном захтеву, д) раздвајање поступка ако за то постоје разлози, ђ) прелиминарно изјашњавање о оптужници, е) образлагање доказа који ће се извести на претресу и изјашњавање противне странке и ж) одлучивање о истражном затвору.⁴⁶⁸ Ток поступка и одлуке које се могу донети на припремног рочишту слично су уређене као у нашем кривичном поступку, из чега се може закључити да је хрватски процесни законик послужио као узор нашем законодавцу. Истакли бисмо једну разлику од нашег законског решења која нам се чини интересантном и прихватљивом. Док у нашем поступку на припремног рочишту председник већа позива само оптуженог да се изјасни који део оптужнице оспорава, хрватским процесни закоником прописано је да председник судећег већа позива оптуженог који пориче оптужбу *да он или његов бранилац*, тачно одреде који део оптужнице поричу и из којих разлога (чл. 376. ст. 2. ЗКП Хрватске). Сматрамо да ће права оптуженог бити боље заштићена и да ће обим расправе бити адекватније одређен за оптуженог уколико се на припремног рочишту о делу оптужбе који се оспорава и одређивању чињеничних и правних питања изјашњава бранилац а не оптужени, без обзира на образовање оптуженог, а поготово кад је оптужени неука странка.

Мада се припремно рочиште сматра типичном установом акузаторског поступка,⁴⁶⁹ постоје и законодавства која су реформисала свој поступак уводећи чист

⁴⁶⁶ D. Radulović, *Krivično procesno pravo* (Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, 2015), стр. 289.

⁴⁶⁷ Види чл. 370. до 380. ЗКП-а Хрватске.

⁴⁶⁸ B. Pavišić i suradnici, *Kazneno postupovno pravo* (Rijeka: 2010), стр. 337.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, стр. 337.

адверзијални модел кривичног поступка, а која не познају припремно рочиште, попут италијанског и македонског кривичног поступка.

У италијанском кривичном поступку постоји само претходно рочиште, на коме се врши контрола оптужбе, чија је најважнија функција остварити „филтер“ за спречавање неодрживих оптужница, а такође служи као основа за одређивање врсте кривичног поступка који ће се покренути.⁴⁷⁰ Након што се на овом рочишту донесе налог којим се одређује суђење (који одговара нашем решењу о потврђивању оптужнице), предузимају се радње припремања главног претреса, међу којима су најзначајније радње позивања сведока, вештака и техничких саветника. Странка која намерава затражити саслушање сведока, вештака или стручног сарадника, дужна барем седам дана пре претреса доставити њихов попис с назнаком на које би се околности односило саслушање. Саслушање одобрава председник суда, с тим што сведоци и технички саветници означени у пописима, могу бити доведени непосредно на расправу (чл. 468. ст. 2. и 3. СРР). Навели смо ово законско решење којим се омогућава слобода предлагања доказа у кривичном поступку који је у потпуности оптужни тип, као аргумент да адверзијални главни претрес нужно не захтева увођење принципа преклузије доказа.

Попут италијанског и македонски законодавац је мешовити кривични поступак заменио чисто оптужним типом, за који је такође карактеристично да не познаје припремно рочиште. Дobar део задатака припремног рочишта остварује се у поступку контроле оптужбе, на рочишту за оцену оптужног акта, пре свега задатак везан за предлагање доказа. Наиме, председнику већа који предузима радње припремања главног претреса, након контроле оптужбе, доставља се сама оптужница, решење о одобравању оптужнице, материјални докази и листа доказа која је раније достављена већу за оцену оптужнице (чл. 344. ЗКП Македоније). Као специфичност у фази припремања главног претреса македонског поступка, јавља се могућност рационализације листа доказа које су странке поднеле. Пошто достављени списи не омогућавају увек да изврши ту рационализацију, председним судећег већа је овлашћен да позове странке на састанак ради консултације у погледу предлога доказа. Уместо припремног рочишта, установљен је састанак странака у канцеларији судије (чл. 342. ст. 2. ЗКП Македоније), на коме странке могу да објасне судији своје доказне предлоге,

⁴⁷⁰ Maria Grazia Copetta, „Knjiga peta - Prethodna istraživanja i prethodno ročište“, u: *Talijanski kazneni postupak*, ed. by Berislav Pavišić (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2002), str.156.

да понуде елаборацију релевантности датих предлога, али и да дају примедбе у вези са предложеним доказима супротне странке.⁴⁷¹

На крају овог кратког приказа упоредноправних решења, навешћемо и решење из немачког законодавства у погледу регулисања слободе предлагања доказа. Немачки кривични поступак је класичан мешовити тип кривичног поступка, који не познаје припремно рочиште. Након доношења решења о отварању главног претреса у поступку судске контроле оптужбе, могуће је предлагање доказа који ће се изводити на главном претресу. Најпре, оптужени може од председника судећег већа да тражи позивање сведока или вештака или извођење других доказа на главном претресу, с тим да истакне чињенице у вези с којима треба извести доказе (§ 219 StPO). Интересантно је да странке могу и непосредно позивати лица ради саслушања, што представља законско решење које се не среће често у упоредном праву. Оптужени има право да непосредно позове неко лице ради саслушања, ако је његов захтев суд одбио али и без претходно поднесеног захтева (§ 220 ст. 1 StPO). И тужилаштво има право да непосредно позива и друга лица изван оних које је предложило у оптужници (§ 214 ст. 3 StPO). Пошто је немачки кривични поступак заснован на начелу утврђивања истине,⁴⁷² дата је предност овом начелу у односу на правни стандард суђења у разумном року. Консеквентно томе, предвиђено је да се извођење предложених доказа не сме одбити „само због тога што је доказ или чињеница која се жели доказати *изнесена са закашњењем*“ (§ 246 ст. 1 StPO). Тиме је *eksplicite* искључен принцип преклузије предлагања доказа, насупрот решењу у српском кривичном процесном законодавству.

2. ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ОДРЖАВАЊЕ ГЛАВНОГ ПРЕТРЕСА

За одржавање главног претреса општа претпоставка је присуство позваних лица на главном претресу, пре свега, главних кривичнопроцесних субјеката,⁴⁷³ у које се убрајају суд и кривичнопроцесне странке. Начелно посматрано, недолазак кривичнопроцесних странака спречава одржавање главног претреса у редовном кривичном поступку. Поред одлагања главног претреса, недолазак тужиоца може имати и друге последице, зависно о ком тужиоцу је реч.

⁴⁷¹ G. Lazetić Božurovska, „Glavna rasprava prema ZKP Makedonije (teorija i praksa)“, u: *Glavni pretres i suđenje u разумном року* (Београд: Мисија OEBS-а у Србији, 2015), стр. 115..

⁴⁷² Види § 219 ст. 2. StPO.

⁴⁷³ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 129.

Да би ова општа претпоставка за одржавање претреса била испуњена, потребно је да функцију гоњења врши овлашћени тужилац: за кривична дела која се гоне по службеној дужности то је јавни тужилац, а ако он после потврђивања оптужнице одустане од оптужбе, ту функцију може преузети оштећени као супсидијарни тужилац; за неофицијелна кривична дела то је приватни тужилац.

Кад је реч о јавној кривичној тужби, прописано је да „јавни тужилац предузима радње у поступку непосредно или преко свог заменика, а у поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година *и преко тужилачког сарадника*, односно у поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора до осам година *и преко вишег тужилачког сарадника* (чл. 48. ст. 1). Увођење тужилачких сарадника у процесне субјекте је новина, али покреће питање уставности ове законске одредбе и њене усклађености са законом којим се уређује организација јавног тужилаштва. Према уставној регулативи, уставне категорије су само јавни тужилац и заменик јавног тужиоца. Јавно тужилаштво је установљено да гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела,⁴⁷⁴ а ту „функцију јавног тужилаштва врши јавни тужилац“, с тим што га „при вршењу тужилачке функције“ замењује „заменик јавног тужиоца“ (чл. 159. ст. 1 и 4. Устава). Из цитираних уставних одредби јасно је да тужилачку функцију врше јавни тужилац и заменик јавног тужиоца, па је зато противуставна законска норма којом се вршење ове функције поверава тужилачким сарадницима. Осим што је противуставна, цитирана одредба процесног закона у нескладу је и са одредбом члана 11 Закона о јавном тужилаштву, којом је прописано да је „јавнотужилачка функција“ „функција јавног тужиоца и функција заменика јавног тужиоца“. Ни Правилник о управи у јавним тужилаштвима не помиње јавнотужилачке сараднике као носиоце јавнотужилачке функције.⁴⁷⁵ На крају још да додамо да је поверавање овлашћења тужилачким сарадницима у кривичном поступку створило једну нерегуларну ситуацију, зато што није могуће успоставити неопходну субординацију над њима, пошто је не предвиђају ни подзаконски акти. Остаје једино да јавни тужилац користи прописе који уређују положај и овлашћења државних службеника“⁴⁷⁶.

⁴⁷⁴ Види чл. 156. ст. 1. Устава.

⁴⁷⁵ Види чл. 18. Правилника о управи у јавним тужилаштвима ("Службени гласник РС", бр. 110/2009, 87/2010, 5/2012, 54/2017, 14/2018).

⁴⁷⁶ Г. Илић, „Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 162.

У контексту испуњености претпоставки за одржавање главног претреса, треба нагласити да се разликују процесне последице недоласка јавног тужиоца од недоласка других овлашћених тужилаца. Ако на главни претрес не дође јавни тужилац или његов заменик који поступа у том предмету, председник већа ће затражити од јавног тужиоца да му одмах одреди замену, а ако то није могуће, главни претрес ће се одложити. За случај да се главни претрес одложи због недоласка вршиоца функције гоњења, председни судећег већа ће о томе обавестити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца. За разлику од недоласка јавног тужиоца, кад супсидијарни или приватни тужилац не дође на главни претрес, постоји законска претпоставка о одустанку од гоњења, па ће судеће веће обуставити кривични поступак (чл. 379. ст. 1). Из наведене законске регулативе видљиво је да се јавни тужилац у погледу недоласка на главни претрес третира, као државни орган а не као класична кривичнопроцесна странка. Такво законско решење чини се прихватљивим јер је реч о јавној кривичној тужби која се врши у јавном интересу. Осим тога, у пракси се за случај недоласка носиоца јавнотужилачке функције у конкретном предмету лако обезбеђује његова замена. Уколико замена не буде одмах могућа, било би неоправдана и противно јавно интересу да држава изгуби право на кажњавање због оправданог недоласка на главни претрес носиоца јавнотужилачке функције, на пример због преоптерећености и преклапања суђења у две кривичне ствари у којима заступа оптужбу и сл. Неоправдан недолазак јавног тужиоца или његовог заменика због алкавог и несавесног рада не може се ни замислити, а уколико је и могућ, због веома мале вероватноће може се занемарити.

На јавног тужиоца се не примењују ни мере за одржавање реда и процесне дисциплине учесника поступка. Носилац јавнотужилачке функције који нарушава ред, не може се новчано казнити. О њиховом нарушавању реда председник већа може само прекинути главни претрес и од надлежног јавног тужиоца затражити да одреди друго лице да у наставку главног претреса заступа оптужницу и о нарушавању реда известити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца (чл. 370. ст. 2). Консеквентно претходном решењу, није предвиђено ни удаљење јавног тужиоца, односно заменика јавног тужиоца са главног претреса због нарушавања реда, за разлику од супсидијарног и приватног тужиоца (чл. 373. ст. 1) и њихових пуномоћника (чл. 372. ст. 1). Од носилаца јавне функције се и не очекује да нарушавају ред у судници, али није немогуће, у ком случају је довољно што ће о томе бити обавештен његов старешина и

Државно веће тужилаца, у чијој компетенцији је покретање дисциплинског поступка, али и вредновање рада вршилаца јавнотужилачке функције.

3. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ КАО АКТИВНА СТРАНКА НА АДВЕРЗИЈАЛНОМ ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ

Увођење адверзијалног главног претреса, уз јавнотужилачку истрагу, представља фундаменталну концепцијску новину кривичнопроцесног законика из 2011. године. Суштина новог уређења главног претреса је у преношењу активне улоге са суда на кривичнопроцесне странке. Практично, све активности на претресу предузимају странке, нарочито у доказном поступку, а суд се ставља у пасиван положај и само се стара о целисходном, несметаном и законитом одвијању претреса, предузимањем процесних радњи управљања поступком. Оптужни модел главног претреса „пресађен“ је из англоамеричког типа кривичног поступка, иако до ове реформе кривичног поступка није било ниједног научног или стручног рада у коме се заговара ова радикална идеја о увођењу оптужног уместо мешовитог типа кривичног поступка. С тим у вези, треба приметити да су на законодавном плану, који до тог времена карактеришу честе измене и допуне процесног законика, већ били учињени неки кораци ка адверзализацији главног претреса. Новелом ЗКП-а из 2009. године, по узору на адверзијални модел, као новина уведен је редослед извођења доказа, тако да се прво изводе „докази оптужбе“, затим, „докази одбране“ и на крају судски докази, а такође је било омогућено да странке испитују сведоке и вештаке, у форми главног и унакрсног испитивања.⁴⁷⁷ Међутим, не може се закључити да је већ тада уведен адверзијални главни претрес, пошто је суд и након новеле био дужан да истинито утврђује чињенично стање и да с тим циљем по службеној дужности одреди и изведе све потребне доказе, независно од доказних предлога странака.⁴⁷⁸

Страначки карактер главног претреса нарочито долази до изражаја у доказном поступку, у коме се начело контрадикторности остварује у пуном обиму, мада активност странака доминира читавим током главног претреса, приликом изношења оптужбе и изјашњавања окривљеног о оптужби, кроз уводна излагања, те завршну реч странака. Адверзијалној природи главног претреса доприносе и правила којима се

⁴⁷⁷ Опширније: Војислав Ђурђић – Данило Суботић, *Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног гоњења* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2010), стр. 98-100.

⁴⁷⁸ Види чл. 17. ст. 1, чл. 296. ст. 2, чл. 328. ст. 1, чл. 331. ст. 1. и сл. ЗКП/2001.

осигурава „једнакост оружја“ у страначком двобоју. Председник већа и судеће веће и даље руководе главним претресом, али је њихова улога у поступку доказивања пасивизирана до крајњих граница, у погледу доказне иницијативе и извођења доказа. Увођењем једног таквог модела главног претреса, радикално измењене природе, радикално се изменио и положај јавног тужиоца. На њега је у потпуности преваљена одговорност за откривање, предлагање и извођење доказа, уопштено гледано, за доказивање оптужне тезе и крајњи успех оптужбе. У даљем излагању анализираћемо сва та нова процесна правила којима се јавни тужилац из ранијег, у доброј мери пасивног положаја, претвара у активну кривичнопроцесну странку, али и неизмењене законске одредбе које повезане са одредбама о новој, јавнотужилачкој истрази, јачају положај јавног тужиоца и стварају услове за његову надмоћ у односу на окривљеног као супротну кривичнопроцесну странку.

3.1. ИЗЛАГАЊЕ ОПТУЖБЕ И ИЗЈАШЊАВАЊЕ ОПТУЖЕНОГ

Након доношења решења судећег већа да се главни претрес одржи, у ком моменту, према новом законском решењу почиње⁴⁷⁹ главни претрес, јавни тужилац „излаже“ оптужбу а потом се о оптужби изјашњава окривљени. Тако је већ у почетном току главног претреса изражена активност странака уз реализацију начела контрадикторности. Тужилац излаже оптужбу читањем оптужног акта, али му председник већа може дозволити да усмено саопшти садржај оптужбе (чл. 391. ст. 1.). После излагања оптужбе, окривљени се изјашњава о оптужби тако што одговара на следећа питања председника већа: да ли је оптужбу разумео, да ли жели да се изјасни о оптужби, и на крају, да ли признаје да је учинио кривично дело за које је оптужен, али није дужан да одговори на постављена питања (чл. 392. ст. 1. и 2.).

⁴⁷⁹ У нашој кривичнопроцесној литератури ново законско одређивање почетка главног претреса, с разлогом је критиковано. Зато што наредба о заказивању главног претреса садржи и одлуку о његовом почетку, доношење решења о почетку главног претреса након тога је „логичка бесмислица“ Мочило Грубач, „Нове устанпове и нова решења ЗКП Србије из 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 498). Овакав легислативни захват представља потпуно „непотребно бирократско формализовање“ започињања главног претреса, супротан традиционалним правилима (Милан Шкулић, „Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012 б), стр. 118). Концепцијски би било далеко исправније да се почетак главног претреса веже за неку фактичку радњу од које би главни претрес огао да тече по логичком следу (за читање оптужнице или уводно излагање), чиме би се уједно отклонио и номотехнички недостатак да се из важећих норми не може са сигурношћу закључити који судски орган доноси решење (председник или читаво веће) и у ком моменту Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 140).

Везано за изјашњавање окривљеног о оптужби, због недостатка законске регулативе, могу се поставити два питања, од којих зависи обим страначке активности у даљем току претреса. Најпре, може ли оптужени да измени изјаву о томе који део оптужбе оспорава, дату на припремом рочишту, и друго, како тумачити ћутање, односно одбијање оптуженог да се изјасни о оптужби. Одговор на прво питање је значајан у ситуацијама кад окривљени у заблуди не оспори неки део оптужнице на припремом рочишту или је неук а без браниоца (у сумарном поступку), па није знао да не може променити став да ли и који део оптужнице оспорава. Он фактички може променити изјаву о делу оптужнице који оспорава, али тај новооспорени део неће моћи да побија извођењем доказа због прописане преклузије која предлагање доказа везује за припремно рочиште. Насупрот законској преклузији предлагања доказа, у наведеним ситуацијама разлози правичности поступка захтевају да се на главном претресу окривљеном омогући побијање и новооспореног дела оптужбе путем извођења доказа. У погледу другог питања, нема суње да ће судије у пракси одбијање окривљеног да се изјасни о оптужби сматрати као порицање. Таква изричита одредба постојала је у претходном процесном законнику,⁴⁸⁰ али је непотребно укинута.

3.2. УВОДНА ИЗЛАГАЊА СТРАНАКА – НОВА АДВЕРЗИЈАЛНА УСТАНОВА КОЈА ЗАХТЕВА АКТИВНУ УЛОГУ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

Уводна излагања странака нису увек обавезна и изостају увек кад је у кривичној ствари која се износи на главни претрес одржано припремно рочиште после потврђивања оптужнице, на коме је „дошло до изјашњења странака и предлагања доказа“ (чл. 393. ст. 1.).

У уводним излагањима се тужилац и бранилац, а изузетно тужилац и окривљени који се сам брани, прелиминарно изјашњавају о оптужби и обиму расправе. Са становишта функције коју врше, тужилац и бранилац сажето наводе а) чињенице које ће бити предмет доказивања, (б) доказе које ће извести и (в) правна питања о којима ће се на главном претресу расправљати. Уводно излагање прво износи тужилац, а потом бранилац. Из формулације законске одредбе произилази да уводно излагање одбране по правилу износи бранилац, изузев у случајевима кад оптужени одлучи да се сам брани, што се као решење може позитивно оценити са становишта равноправности странака.

Из изложеног је видљиво да се и током уводних излагања реализује начело контрадикторности, иако се њиме само најављује страначки двобој. И овом новом

⁴⁸⁰ Види чл. 320. ст. 3. ЗКП-а из 2001. године.

процесном установом јавни тужилац добија улогу активне кривичнопроцесне странке. Конкретно, у свим случајевима кад су по закону обавезна уводна излагања, јавни тужилац мора бити активан, што претпоставља да претходно проучи предмет и припреми се да најбоље омеђи чињенична и правна питања која ће бити предмет доказивања и расправе на главном претресу. Кад у име одбране уводна излагања износи бранилац, може се рећи да закон обезбеђује услове за равноправност странака, па се и јавни тужилац налази у тој позицији, што принципијелно није могуће увек обезбедити.

Са концепцијског становишта, није јасно зашто се ремети логичан след и континуитет наступа странака. Јавни тужилац најпре чита оптужницу, па се његова активност пресеца изјашњавањем окривљеног о оптужби, после чега јавни тужилац поново износи чињенична и правна питања из оптужног акта, сада у оквиру уводног излагања. Нема континуитета ни у излагању оптуженог, јер се он прво изјашњава о оптужби, па његову активност прекида тужилац својим уводним излагањем, да би након тога бранилац (или сам оптужени) дао своје уводно излагање. Чини се логичним да се излагање обеју странака не прекида, тако што би било предвиђено да тужилац чита оптужницу на почетку уводног излагања и да се одмах у наставку уводног излагања, изјасни о чињеничним и правним питањима, те о доказима којима ће то поткрепити. Исто тако, након уводног излагања тужиоца, окривљени би се на почетку уводног излагања одбране изјашњавао о оптужби, а потом би у наставку бранилац износио ставове одбране о чињеничним и правним питањима, као и доказима које одбрана намерава да изведе.⁴⁸¹

3.3. КОНТРАДИКТОРНИ ДОКАЗНИ ПОСТУПАК ПРЕВАЉУЈЕ ОДГОВОРНОСТ ЗА УТВРЂИВАЊЕ ЧИЊЕНИЦА НА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

3.3.1. Основна правила о адверзијалном доказном поступку

Адверзијални модел главног претреса изграђен је успостављањем доказног поступка утемељеног на потпуној афирмацији начела контрадикторности. Изградња новог главног претреса радикално измењене природе постиже се помоћу неколико легислативних захвата који детерминишу доказни поступак. Законодавац се најпре одриче судске одговорности за наступање доказа и за утврђивање чињеничног стања. То се превасходно постиже протеривањем начела истине из кривичног поступка, тог

⁴⁸¹ У погледу концепције уводног излагања у оквиру којег тужилац најпре чита оптужницу, види решење македонског законодавца (чл. 379. и 380. ЗКП Македоније).

фундаменталног принципа мешовитог типа кривичног поступка, тако што се укида одредба чл. 17. ст. 1. процесног законика из 2001. године, којом је било експлиците прописано ово основно кривичнопроцесно начело.⁴⁸² С друге стране, доказна иницијатива ставља се доминантно у руке кривичнопроцесних странака, тако што се странке овлашћују да предлажу и изводе доказе, а изостављају се све одредбе које су служиле остваривању тзв. инквизиционе максиме, чиме се у потпуности пасивизира суд, са неким изузецима који битно не утичу на постављени принцип. Концепцијска идеја да се изгради адверзијални модел кривичног поступка, подупрта је још одредбама: о предмету доказивања – не доказују се чињенице које су међу странкама неспорне, односно о којима постоји сагласност странака (чл. 83. ст. 3); о дејству признања на даље доказивање – кад окривљени призна кривично дело, изводе се само докази од којих зависи оцена да ли признање испуњава законске претпоставке и докази од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције (чл. 394. ст. 3);⁴⁸³ и на крају, о начинима испитивања сведока из оптужног типа кривичног поступка – основно, унакрсно и допунско испитивање (чл. 402. ст. 6).

Доказни поступак започиње строго формално, тако што председник судећег већа објављује почетак доказног поступка. Предмет доказног поступка су све чињенице важне за пресуђење кривичне ствари, које су у закону означене да представљају „предмет доказивања“, а такође и оне чињенице које се односе на споредне предмете кривичног поступка. Колики ће бити обим доказивања зависи од тога да ли је оптужени признао кривично дело и како се оптужени изјаснио на припремном рочишту који део оптужбе оспорава. Ако је оптужени признао кривично дело, на припремном рочишту или у каснијем поступку, обим извођења доказа се ограничава само на доказе потребне за оцену да ли признање испуњава законске услове и на доказе од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције (350 ст. 3 и чл. 394 ст. 3). Решење је типично за оптужни тип кривичног поступка, путем кога се реализује настојање законодавца да изгради адверзијални модел главног претреса: уместо инквизиционих овлашћења суда према окривљеном као објекту истраживања истине, окривљени се учвршћује првенствено као субјекат контрадикторног поступка и као носилац права на одбрану.⁴⁸⁴

⁴⁸² Одредба чл. 17. ст. 1. ЗКП/2001 гласила је: „Суд и државни органи који учествују у кривичном поступку дужни су да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке“.

⁴⁸³ Види и одредбе чл. 88 и чл. 350 ст. 3.

⁴⁸⁴ Види: Момчило Грубач – Слободан Бељански, *Нове установе и нова решења у Законнику о кривичном поступку СР Југославије* (Београд: Службени гласник, 2002). стр. 63 и 64.

У супротној ситуацији, ако окривљени не признаје кривично дело и оспорава оптужницу у целини или суд не прихвати његово признање, изводи се цео доказни поступак. Могуће је да окривљени оспори само поједине делове оптужбе, у ком случају се изводе докази који се односе на чињенице које су везане за оспорени део оптужбе. На основу реченог, може се закључити да су у доказном поступку предмет доказивања само чињенице из оспореног дела оптужбе.

У доказном поступку се изводе докази које је тужилац предложио у оптужници, докази које су странке и бранилац предложили на припремном рочишту или после заказивања главног претреса, а које је председник судећег већа прихватио. Поред тога, странке, бранилац и оштећени могу све до завршетка главног претреса предлагати да се изведу нови докази, а могу поновити предлоге који су раније одбијени (чл. 395. ст. 1). И о тим предлозима одлучује председник већа и може својим решењем одбити доказни предлог ако је предложено извођење незаконитог доказа, а такође и извођење оних доказа: (а) за који су странке, бранилац и оштећени знали у току припремног рочишта или после одређивања главног претреса, али га без оправданог разлога нису предложили; (б) који је усмерен на доказивање чињеница које нису предмет доказивања или се односи на чињенице које се не доказују; (в) чије извођење је очигледно усмерено на одуговлачење поступка (чл. 395. ст. 4). Против решења председника већа којим одбије доказни предлог, странке имају право приговора судећем већу, које може преиначити то решење и одлучити да се предложени доказ изведе, а сам председник судећег већа може касније опозвати своје решење којим је одбио доказни предлог.

И сам суд, без предлога странака може, на припремном рочишту или главном претресу, дати иницијативу да се изведу поједини докази, али само изузетно и под одређеним у закону предвиђеним условима.⁴⁸⁵ Суд може самоиницијативно наредити извођење доказа које има за циљ отклањање противречности или нејасноћа доказа који су већ изведени, кад оцени да је то неопходно да се предмет доказивања свестрано расправи (чл. 15. ст. 4). И у том случају суд прво налаже странци да предложи доказ за који суд сматра да је од важности за отклањање противречности или нејасноћа, па тек ако странка не поступи по налогу, може сам одредити извођење доказа. Тиме је омогућено да суд задржи неке али „сасвим рудиментарне и периферне прерогативе“⁴⁸⁶

⁴⁸⁵ Види чл. 350. ст. 3, чл. 356. ст. 3. и чл.

⁴⁸⁶ С. Бркић, „Утицај тежине кривичног дела на физиономију кривичног поступка“, у: Реформа кривичног правосуђа (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2010), , стр. 88.

везане за доказну иницијативу и извођење доказа на главном претресу. Управо тако крајње рестриктиван приступ законодавца „употпуњује перцепцију суда као пасивног арбитра контрадикторног разматрања кривичне ствари“.⁴⁸⁷

Као прва делатност која се предузима у доказном поступку, предвиђено је саслушање оптуженог, и то представља његов суштински почетак. Након саслушања оптуженог, према новим законским правилима, на главном претресу се остали докази изводе по следећем редоследу: 1) извођење доказа које је предложио тужилац, 2) извођење доказа које је предложила одбрана, 3) извођење доказа одређених по службеној дужности и по предлогу оштећеног, и 4) извођење доказа о чињеницама од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције (чл. 396 ст. 1). Поред редоследа, прописано је да председник судећег већа одређује и време извођења доказа за сваку од напред наведених категорија доказа.

Докази се изводе по општим законским правилима за извођење сваке од законом прописаних доказних радњи, а само су за поједине доказе предвиђене и извесне специфичности извођења на главно претресу. Поред непосредног извођења доказа могу се читати и записници о изведеним доказима у истрази, чиме се одступа од начела непосредности, о чему ће у наставку бити посебно излагано.

3.3.2. Критика концепције доказног поступка

Из напред изнетог кратког приказа новог доказног поступка, може се запазити да је значајно оснажена процесна позиција кривичнопроцесних странака, што афирмише и учвршћује начело контрадикторности у пуном обиму. Иако је такав приступ законодавца у складу са савременим трендом законодавних реформи да се кривични поступци модернизују увођењем или пресађивањем адверзијалних елемената у мешовити кривични поступак, теоретичари кривичног процесног права упућују оштре концепцијске критике моделирању читавог главног стадијума а посебно доказног поступка. Основни концепцијски недостатак је у томе што чисто адверзијални главни претрес како је сада уређен не може послужити за остварење циља кривичног поступка, који је дефинисан у члану 1. Законика о кривичном поступку. Својеврсна „делегитимизација“ суда на плану доказивања и брисање начела истине из каталога основних кривичнопроцесних начела, доводе у питање остваривање циља кривичног

⁴⁸⁷ С. Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права* (Ниш: Студентски културни центар Ниш, 2012), стр. 138.

поступка „да нико невин не буде осуђен“.⁴⁸⁸ За тако радикалним променама нашег кривичног поступка није било потребе, а „склоп адверзијалних елемената“ који је уведен у наш кривични поступак „уопште није подобан да послужи остварењу прокламованог циља кривичног поступка“,⁴⁸⁹ који у нашем кривичнопроцесном законодавству постоји више од сто педесет година. Пошто писци нашег процесног кодекса нису били спремни да се одрекну „атрактивних акузаторских идеја“, а нису имали храбрости да укину вековну традицију циља нашег кривичног поступка, препознатљиву по синтагми „да нико невин не буде осуђен ...“, остала је латентна напетост између „потпуно неспојивих вредности“.⁴⁹⁰ Потпуно адверзијална конструкција главног претреса, као неадекватна за наш поступак, може довести до огромних проблема, јер су странке само формално равноправне, а у пракси би се то неповољно одразило на окривљеног, нарочито у ситуацијама кад нема браниоца.⁴⁹¹ „Препуштање утврђивања чињеничне конструкције кривичног догађаја монополу странака“, уз задржавање циља кривичног поступка као инквизиционог елемента у мешовитом кривичном поступку, „неизоставно доводи до изградње некохерентног нормативног оквира“.⁴⁹²

Улога суда своди се на контролу исправности доказног поступка, а странке су равноправне али само формално. „Једнакост оружја” а тиме и равноправност странака увек је илузија када се насупрот јавном тужиоцу налази окривљени без браниоца или када из других разлога окривљени не може да парира јавном тужиоцу иза којег „стоји држава”.⁴⁹³ Дакле, насупрот јавном тужиоцу који може рачунати на комплетну логистичку подршку државног апарата чији је део, биће окривљени коме може помагати бранилац. Обавезна одбрана је прописана само за тежа кривична дела, тако да већина окривљених не мора имати браниоца. Међутим, нису сви окривљени у могућности да имају браниоца због материјалног стања, а поготову нису сви у могућности да обезбеде квалитетну стручну одбрану. Богате окривљене, попут оних

⁴⁸⁸ С. Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права* (Ниш: Студентски културни центар Ниш, 2012), стр. 138.

⁴⁸⁹ С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 88. и 89.

⁴⁹⁰ Упореди: Снежана Бркић, „Утицај тежине кривичног дела на физиономију кривичног поступка“, у: *Реформа кривичног правосуђа* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2010), стр. 89.

⁴⁹¹ М. Шкулић, „Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку Србије“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 2 (2010), стр. 67.

⁴⁹² С. Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права* (Ниш: Студентски културни центар Ниш, 2012), стр. 139.

⁴⁹³ М. Шкулић, „Нови српски Законик о кривичном поступку као пример штетног раскида са основним принципима континентално-европског кривичнопроцесног модела“, *КоПра*, 1 (2017), стр. 48.

који се терете да су "нарко-босови", браниће "адвокатске звезде", и они ће моћи да имају правне тимове, те да ангажују приватне детективе за прикупљање доказа.⁴⁹⁴ Ограничавање доказне иницијативе суда и његова скоро потпуна пасивизација, представља суштински проблем садржан у новом законнику због утемељења на погрешној концепцији, која не само да је страна нашој кривичнопроцесној традицији и теоријским схватањима у класичној континенталној Европи, „већ је суштински изразито нехумана и дубоко неправична“.⁴⁹⁵

„Нерезонски је захтевати непристрасност од онога чији је основни задатак да истражује постојање кривичних дела и да открива учиниоце, пошто је за њега, по логици ствари, важније да докаже ко је крив него да је невин и погрешно оптужен.“⁴⁹⁶ Противно је процесној логици да јавни тужилац остане непристрасан на главном претресу, пошто је адверзијално уређени претрес у бити парница, у којој су странке, по дефиницији, пристрасне и лично заинтересоване за победу у правном двобоју пред судом.“⁴⁹⁷

3.3.3. Уставност чисто адверзијалног поступка доказивања

Осим концепцијских критика, у теорији процесног права поставља се и питање да ли је потпуно адверзијални доказни поступак, па и главни претрес у целини, у складу са уставним гаранцијама. Поставља се наиме питање да ли је овакво законско решење у складу са уставним гаранцијама права на правично суђење. Уставна одредба гласи: „свако има *право да* независан, непристрасан и законом већ установљен *суд*, правично и у разумном року, јавно *расправи* и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега (чл. 32. ст. Устава). Дакле, уставно је право сваког против којег се води кривични поступак „*да суд расправи* о оптужби против њега, а *не да се о томе пред судом расправља*, као што је то у основи решено у новом Законнику о кривичном поступку Србије“. Стога су неуставне све кључне одредбе процесног законика којима је „конструисан стриктно адверзијални кривични поступак“, тако што је „доказивање

⁴⁹⁴ М. Шкулић, „Главни претрес у новом Законнику о кривичном поступку Србије“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр.97.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, стр. 105. fusnota 27.

⁴⁹⁶ Види: А. von Kries, „Vorverfahren und Hauptverfahren“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1889 (Citirano prema: J. D. Jackson, 'Two Methods of proof in Criminal Procedure', , Vol. 51, No', *The Modern Law Review*, Vol. 51, No 5 (1988), str. 559).

⁴⁹⁷ Vojislav Đurđić, „Perspektiva novog modela krivičnog postupka Srbije“, *Nauka, bezbednost, policija (NBP)*, 2 (2015), str. 81..

примарно пренесено на странке, а суд искључен из њега“.⁴⁹⁸ У прилог овом тумачењу може се навести и значење појма расправити. Расправити у српском језику значи: „претрести (неки проблем)“; „решити (спор)“.⁴⁹⁹ Из тог разлога, употребљена синтаagma у уставној норми „да суд расправи“, има значење да суд „претресе“, да „решити спор“, а не да странке расправљају о оптужби.

3.3.4. Радикална промена улоге јавног тужиоца у доказном поступку – од пасивног учесника до активне кривичнопроцесне странке -

Приликом анализе процесног положаја јавног тужиоца на главном претресу, треба узети у обзир чињеницу да је страначки модел карактеристичан за она законодавства која познају поротно суђење. У типичном расправном поротном моделу одговорност за исправност пресуда лежи на тужиоцу као представнику грађана и државе у борби против криминала, за разлику од мешовитог кривичног поступка какав је традиционално био наш, у коме се ова одговорност сваљује на суд.⁵⁰⁰ У том правцу реформисан је и наш кривични поступак, иако српско кривично процесно законодавство не познаје поротни већ мешовити суд.

Нови процесни положај јавног тужиоца као странке на главном претресу од њега захтева потпуну и континуирану активност у доказном поступку. Од скоро потпуне пасивности у ранијем моделу главног претреса, у коме се „активност“ јавног тужиоца сводила на изјаву да остаје при оптужници, коју је саставио у канцеларији, а доказивање чињеница на којима се темељи оптужба била је обавеза суда, сада је терет доказивања у потпуности на јавном тужиоцу.

За положај јавног тужиоца од значаја су процесна правила о редоследу извођења доказа, према којима се прво изводе докази оптужбе, а тек на крају докази чије је извођење наредио суд по службеној дужности. Овим процесним правилима о првенству извођења доказа терет пружања доказа се концентрише на носиоца функције оптужбе. Уз то, преношењем извођења доказа из субјективних извора, односно непосредног испитивања сведока и вештака са суда на странке, „на јавног тужиоца се преноси и одговорност за обим и квалитет претресања доказа, за евентуално погрешно утврђене

⁴⁹⁸ М. Шкулић, „Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 119. и 120.

⁴⁹⁹ „Расправити“, у: *Речник српског језика* (Нови Сад: Матица српска, 2011), стр. 1114.

⁵⁰⁰ Вања Бајовић, „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 156.

чињенице и потпуност чињеничног стања“, што у крајњем може бити одлучујуће за правилност и законитост пресуђења кривичне ствари.⁵⁰¹

Јавном тужиоцу стоје на располагању и нови адверзијални „алати“ названи „унакрсно“ и „допунско“ испитивање сведока и вештака, који такође побољшавају ефективност процесног положаја, користећи их да утиче на тачност и потпуност њихових исказа, и уједно вештим постављањем питања да олакша суду оцену веродостојности исказа и тако се супротстави евентуалним процесним злоупотребама одбране.

Јавни тужилац сада има обавезу да активно учествује, не само у погледу предлагања доказа него и да изводи доказе. За овакву активност неопходно је да се јавни тужилац савесно припреми, да проучи списе предмета и посебно да проучи изјашњавање одбране на припремном рочишту ако га је било. Он може да утиче на брзину и ефикасност поступка у целини, ако редукује своје доказе на оне за које је убеђен да потврђују одлучне чињенице уместо да предлаже и изводи све доказе који му стоје на располагању. Са извођењем само неопходних доказа јавни тужилац ће смањити своје укупно време за извођење доказа, главни претрес ће зато краће трајати а поступак ће бити бржи. С друге стране, добро познавање које је делове оптужбе окривљени оспорио на припрено рочишту и које је доказе предложио, омогућиће јавном тужиоцу да се супротстави предлозима одбране да се прибаве и изведу докази који се односе на неоспорени део оптужнице, и тиме предупреди евентуалне злоупотребе процесних овлашћења одбране.

3.4. ИСПИТИВАЊЕ СВЕДОКА И ВЕШТАКА НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ ОД СТРАНЕ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

3.4.1. Нормативни приказ испитивања сведока и вештака

На испитивање сведока и вештака на главном претресу, сходно се примењују опште одредбе процесног законика које важе за њихово испитивање (чл. 402 ст. 1), с тим што су посебним одредбама регулисане неке специфичности приликом извођења ових доказа на главном претресу.

Пре него што почне испитивање, сведоке, вештаке и стручне саветнике председник судећег већа опомиње на њихове дужности (чл. 401). Сведоци, вештаци и стручни саветници испитују се појединачно, али тако да неиспитани сведок не

⁵⁰¹ В. Ђурђић – Д. Суботић, *Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног гоњења* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2010), стр. 100.

присуствује извођењу доказа на главном претресу. Циљ ових правила је да се спречи међусобни утицај сведока и постигне веродостојност њихових исказа.

Сагласно установљеном страначком моделу доказног поступка, у коме све доказе изводе странке а не суд, установљене су и врсте доказа према циљу које странка настоји постићи, па се докази деле на доказе оптужбе и доказе одбране. Речено важи и кад се извођење доказа односи на субјективне изворе, па стога постоје „сведоци оптужбе“ и „сведоци одбране“. Са тог полазног становишта, испитивање сведока обухвата: 1. главно испитивање (*examination-in-chief*), код којег сведока најпре испитује странка чији је то сведок; 2. унакрсно испитивање (*cross-examination*), кад сведока потом испитује супротна странка; и 3. поновног испитивања (*re-examination*), кад сведока поново испитује странка чији је сведок, да би се отклонила нејасноће унакрсног испитивања.⁵⁰²

Руковођен овом атрактивном идејом из англоамеричког модела главног претреса, законодавац је предвидео да сведоке, вештаке и стручне саветнике непосредно испитују: кривичнопроцесне странке, председник судећег већа и чланови већа. Којим редоследом странке и други процесни субјекти испитују сведока, односно вештака, одређено је у закону. Најпре се обавља основно испитивање, после тога унакрсно испитивање, а по одобрењу председника већа могу се постављати додатна питања (чл. 402. ст. 6). Питања најпре поставља странка, бранилац или оштећени који је предложио сведока или вештака (*основно испитивање*), затим супротна странка (*унакрсно испитивање*) (чл. 2. ст. 1. тач. 21. и 22). По одобрењу председника судећег већа, странка која је предложила сведока или вештака може после унакрсног испитивања да постави додатна питања (*додатно испитивање*). Кад је извођење доказа одредио суд без предлога странака, питања прво постављају председник и чланови већа, затим тужилац, па оптужени и његов бранилац, вештак и стручни саветник. У случају да обе странке предложи испитивање истог сведока или предложи исто вештачење сматраће се да је доказ предложила странка чији је предлог први заведен у суду (чл. 402. ст. 3). Та странка ће по овој презумпцији прва и испитивати сведока или вештака, а противна странка, иако је предложила истог сведока или исто вештачење, има право на унакрсно испитивање. Оштећени или његов законски заступник и пуномоћник имају право да поставе питања сведоку, вештаку или стручном саветнику након тужиоца, увек када тужилац има право на испитивање.

⁵⁰² В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 152.

Као и код извођења свих доказа, и током испитивања сведока, вештака и стручног саветника, председник већа се стара да испитивање законито тече. Он је дужан да забрани питање или одговор на већ постављено питање ако је оно по самом закону недозвољено или се не односе на предмет суђења. Недозвољена су капциозна, сугестивна и питања која садрже обману. Сугестивна питања су забрањена кад се спроводи основно испитивање, а допуштена су приликом унакрсног испитивања (чл. 98 ст. 3). Питања која се не односе на предмет доказивања допуштена су ради провере веродостојности исказа (чл. 398 ст. 3). Странке могу да захтевају да о изреченој забрани председника одлучи судеће веће. Ако веће потврди одлуку председника судећег већа о забрани питања или одговора као недозвољеног, на захтев странке, у записник ће се унети постављено питање.

Претходно овлашћење је типично за адверзијално саслушање пред поротом, како поротници не би узели у обзир одговоре сведока дате на законом забрањена питања. Међутим, председнику је дато још једно овлашћење неадекватно за страначки модел доказног поступка којим се руши читава идеја и смисао унакрсног испитивања. Председнику судећег већа дато је овлашћен да сведоку или вештаку увек постави питање које доприноси потпунијем или јаснијем одговору на питање постављено од других учесника поступка (чл. 398. ст. 5. узвези чл. 402. ст. 8). Док би се код основног испитивања и могло допустити (мада суд не би требало да буде помоћник странкама), упад председника већа у унакрсно испитивање може обесмислити његов циљ.

3.4.2. Концепцијски недостаци, противречности и непотпуност регулативе испитивања сведока и вештака

Пре објашњења процесног положаја јавног тужиоца у вези правила испитивања сведока и вештака, осврнућемо се на неке концепцијске недостатке, нормативне противречности и правне празнине доказног поступка, које се у суштини односе на извођење доказа саслушањем сведока и вештака.

1) Најпре о концепцијској неприхватљивости адверзијалног поступка доказивања у нашем кривичном поступку, који је традиционално био мешовити и који тече пред мешовитим судским већем (или пред судијом појединцем за лакша кривична дела). На теоријском плану, мешовити (континентално европски) и адверзијални тип кривичног поступка разликују се по моделу извођења доказа. У погледу метода извођења доказа, постоје два концепцијска модела: (1) унилатерални метод, код кога доказе изводи орган поступка (судеће веће на главном претресу, истражни судија или

неки други државни орган у припремном стадијуму) и (2) билатерални метод, који извођење доказа препушта странкама – тужиоцу и окривљеном.⁵⁰³ За унилатерални метод је карактеристично: државни органи имају монопол прикупљања доказа (који постају аквизиција поступка као судски докази); одговорност за утврђивање чињеничног стања је на суду; орган поступка у записник уноси садржину исказа испитаних лица. За билатерални метод карактеристичне су одлике: на странкама је да прикупљају доказе и могу водити „своје истраге“ (нема монопола државних органа у прикупљању доказа); постоји дужност странака да се међусобно обавештавају о резултатима својих истрага (*discovery*); и на крају, постоји комплексан поступак извођења доказа, који симплифицирано посматрано, има најпре главни иступ оптужбе, затим главни иступ одбране, након тога долазе „контраоптужбе“ (*rebuttal*) а на крају „реконтра“ (*surebuttal*); читаво време извођења доказа суд је пасиван – професионални судија врло мало зна о предмету јер нема списе из истраге, а порота „ћути као заливена“.⁵⁰⁴

Основна концепцијска примедба је да адверзијални модел доказног поступка на главном претресу не одговара саставу суда који води кривични поступак и пресуђује кривичну ствар. Наш правосудни систем не познаје право поротно суђење, већ судску функцију врше мешовита судска већа састављена од професионалних судија и судија поротника и судија појединац. Законодавац је испустио из вида да је страначко испитивање сведока и вештака првенствено прилагођено поротном суђењу, у коме чињенице утврђује порота, а не суд⁵⁰⁵ (кога чине професионалне судије или мешовита већа). Уосталом, читаво иначе веома комплексно доказно право, има за циљ да омогући пороти одлуку ко је победник у правном двобоју странака, односно изрицање вердикта – „крив је“ или „није крив“. Такав концепт показује озбиљне недостатке,⁵⁰⁶ а један од њих је што је некомпатибилан са захтевом да се и оштећеном, односно жртви омогући учествовање у доказном поступку.⁵⁰⁷

Чисто адверзијални кривични поступак не одговара ни нашој правној традицији коју карактерише мешовити кривични поступак, уобичајено конципиран и уређиван по

⁵⁰³ Mirjan Damaška, *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija* (Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 2001), str. 13.

⁵⁰⁴ Опширније: *Ibidem* стр. 13-16.

⁵⁰⁵ Mirjan Damaška, „Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2 (2010), стр. 835.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, стр. 827 и 828.

⁵⁰⁷ Elizabeta Ivičević Karas, „Neka pitanja uređenja rasprave u hrvatskom kaznenom postupku - normativni okvir i praksa“, u: *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku* (Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji, 2015), стр. 99..

узору на немачко и аустријско кривично процесно законодавство (њихови законодавци се нису приклонили адверзијализацији главног претреса иако су истрагу поверили државном тужиоцу). Колики значај има традиција мешовитог кривичног поступка може се видети и по томе што су и након увођења адверзијалног модела поступка схватања о улогама процесних субјеката међу судијама и јавним тужиоцима остала непромењена (још увек се у пракси поступа као да је суд одговоран за наступање доказа и утврђивање чињеница, те да се у кривичном поступку утврђује истина).

И кад би се прихватила концепција адверзијалног модела као идеја, сама операционализација у нормативном смислу недоследно је спроведена због чега је настала и унутрашња концепцијска противречност. Кад се зна да у чистом адверзијалном моделу који је утемељен на билатералном методу извођења доказа, нема судских доказа, већ постоје само докази кривичнопроцесних странака, тужиоца и окривљеног (вештаци нису помоћници суда већ имају улогу сведока), онда свако, па и минимално учешће суда у извођењу доказа, а поготову доношење одлуке да се неки доказ изведе, као и уплитање у испитивање сведока и вештака – руши основну концепцију, срж билателарног метода доказивања. Омогућавање на главном претресу да се суд у сваком тренутку умеша у страначко извођење доказа (чл. 398. ст. 5. у вези чл. 402. ст. 7), чист је инквизициони елемент, а истовремено је и нелогично зато што суд иначе нема дужност утврђивања истине, па је отуда „потпуно препуштено арбитрерној оцени председника већа“.^{508 509} Пошто нема никаквих законских лимита, само од тога како председник већа схвата и колико прихвата дух адверзијалног доказивања, зависиће мера уплитања у извођење доказа. Коришћење овог овлашћења у претераном обиму, може у потпуности да дерогира страначку концепцију доказног поступка. Међутим, није јасно из ког је разлога законодавац задржао ова инквизициона овлашћења карактеристична за мешовити кривични поступак. Као да се писци законског текста подсвесно нису могли одрећи традиционалног схватања да је суд одговоран за чињенично стање.

2) На ове концепцијске недостатке надовезују се нормативне противречности које доводе у питање смисао страначке активности приликом унакрсног испитивања.

⁵⁰⁸ М. Шкулић, „Степен (не)усаглашености кривичног поступка Србије са Европским правним стандардима“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 57.

⁵⁰⁹ М. Шкулић, „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)?“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 52.

Прво, унакрсно испитивање сведока противне странке има смисла у системима који познају поротно суђење, јер поротници пре доказног поступка уопште немају никакво сазнање о кривичном догађају, што није случај са нашим правосудним системом. Осим што нема пороте, ни процесна правила о формирању судских списа не обезбеђују да се бар имитира „незнање пороте“ о чињеницама конкретног догађаја и правним питањима која су везана за њих. Насупрот томе, у нашој варијанти адверзијалног поступка председник судећег већа упознат је са свим прибављеним материјалним доказима и свим исказима сведока и вештака датим у истрази, па унакрсно испитивање губи и драж и сврху. Судски списи се формирају простом предајом јавнотужилачких списа, па кад их председник већа добро проучи, он скоро до детаља има сазнање како се одиграо кривични догађај, па ће ретко странка моћи да га изненади неким новим сазнањем тако што ће „поентирати“ унакрсним испитивањем сведока. Зато, да би унакрсно испитивање имало смисла, у већини законодавстава постоје одредбе о формирању „судске фасцикле“ да се судија или судеће веће не „инфицира“ резултатима истраге или се предвиђа да главни претрес отпочиње само на основу голе оптужнице, без икаквих других списа из којих би суд могао имати било какво сазнање о кривичном делу (о чему смо излагали у делу дисертације о потврђивању оптужнице).

Друга протвечност унакрсног испитивања постоји са одредбама о записнику на главном претресу. Наиме, и процесна правила о фиксирању доказа на главном претресу анулирају читаву концепцију унакрсног испитивања. Та правила, иначе преузета из старог законика, приморавају председника већа да претходно проучи списе предмета, а посебно записнике о испитивању сведока и вештака. То је потребно да би председник већа на главном претресу могао да констатује у чему је разлика у односу на њихове раније дате исказе, пошто се само то одступање од раније дате изјаве уноси у записник о главном претресу (чл. 239. ст. 3).⁵¹⁰ За адверзијални модел у коме доминира унакрсно испитивање, једино одговарајуће законско решење је снимање целог тока испитивања као у специјалном суду, да би се могао сазнати континуитет испитивања сведока и с којим одговором на крају странка поентира. Зато што се у редовном поступку главни претрес по правилу не снима аудио визуелно, практичари сматрају да је тиме „у

⁵¹⁰ Да се не уноси цео исказ нити постављена питања и одговори, законодавац је изричит: „Искази оптуженог, сведока, вештака или другог лица уносе се у записник ако садрже одступање или допуну њихових ранијих исказа и то тако да се прикаже њихова битна садржина“ (чл. 239. ст. 3).

значајној мери лимитиран ефекат унакрсног испитивања“, јер зависи од одлуке председника већа о начину уношења питања и одговора у записник.⁵¹¹

3) Поред концепцијских недостатака и нормативних противречности, на које смо напред указали, законска регулатива испитивања сведока и вештака је и непотпуна па стога недовољно прецизно одређује садржај основног, унакрсног и допунског испитивања. У закону је само одређено шта је унакрсно и допунско испитивање,⁵¹² али не из чега се састоји, шта чини њихову садржину, док је за допунско испитивање⁵¹³ само одређено ко га наређује. Напред смо објаснили да је основно испитивање кад сведока, односно вештака испитује странка која га је предложила, а унакрсно кад га испитује супротна странка. Кад странка која је предложила сведока, односно вештака после унакрсног испитивања поставља додатна питања, по дозволи председника већа, то је додатно испитивање.

Законом најпре треба прописати шта представља суштину унакрсног испитивања, тј. на шта се могу односити питања која се постављају у оквиру унакрсног испитивања. У том погледу, у упоредном праву постоје три начина унакрсног испитивања: а) везана варијанта, која захтева да се унакрсна питања односе само на околности о којима је сведок исказивао приликом главног испитивања; б) невезана варијанта, код које се питања могу односити на све правно важне чињенице и околности, али у погледу околности о којима сведок није исказивао важе правила за главно испитивање (постоји забрана постављања сугестивних питања); в) компромисна варијанта, по којој је везана метода само пресумптивно правило, па судија може одобрити питања која прелазе границе главног испитивања, ако се односе на околности које су тесно повезане с околностима на које се односило главно испитивање.⁵¹⁴

На крају, недостају и одредбе о додатном испитивању сведока, односно вештака којима би се одредила суштина овог испитивања, тј. ко има право да поставља додатна питања и на које чињенице и околности треба да се односе, да ли на оне из основног

⁵¹¹ Оливера Бојовић, „Унакрсно испитивање - Досадашња искуства“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) : кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривично-правну теорију и праксу, 2017), стр. 476.

⁵¹² Одредба чл. 2. ст. 1. предвиђа: "основно испитивање" је постављање питања сведоку, вештаку или другом испитиваном лицу од стране странке, браниоца или оштећеног који је предложио испитивање (тач. 21); "унакрсно испитивање" је постављање питања сведоку, вештаку или другом испитиваном лицу од стране супротне странке или оштећеног, после основног испитивања (тач. 22).

⁵¹³ У чл. 402. ст. 6. само је предвиђено да „по одобрењу председника већа могу се постављати додатна питања“.

⁵¹⁴ Опširnije: Mirjan Damaška, „Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 2 (2010), str. 827.

или унакрсног испитивања. Логично је да се додатна питања односе на околности о којима је сведоик говорио током унакрсног испитивања.

3.4.3. Јавни тужилац као активни субјет испитивања сведока и вештака

Независно од изнетих критика које се односе на концепцију и нормативне противречности односно, недостатке, законска регулатива осигурава страначку равноправност током испитивања сведока и вештака. И јавни тужилац и окривљени са својим браниоцем имају могућност да се супротставе предлогу да неко лице буде испитано као сведок, односно да се одреди за вештака. У току испитивања могу кроз унакрсно испитивање да издејствују одговоре који ће поткопати тачност или веродостојност исказа и да у крајњем дискредитују сведока, односно вештака.

Јавни тужилац је ипак у повољнијем положају приликом унакрсног испитивања сведока којег је већ испитивао у истрази на предлог одбране. Познато му је о којим чињеницама тај сведок има сазнање, каква му је перцепција, меморија и способност за репродукцију сазнатог. Окривљени нема могућност да дође у такву позицију кад је реч о сведоцима оптужбе, пошто их он у истрази не испитује већ јавни тужилац.

Генерално гледано, промењен је положај јавног тужиоца у току испитивања сведока и вештака, као рефлексија промене природе доказног поступка. Сада је потребно да се јавни тужилац добро припреми за доказни поступак на главном претресу јер он изводи доказе које је предложио, а посебно да проучи исказе сведока оптужбе, како би успешно обавио унакрсно испитивање. Због недовољно одговорног приступа и мањкаве припреме увек настаје опасност од неуспеха оптужбе. Наиме, суд више није дужан да истражује истину нити да има доказну иницијативну, па да тако ублажи или потпуно отклони пропусте јавног тужиоца. Окривљени се не може наћи у сличној ситуацији јер га чува претпоставка невиности, па ако он и његов бранилац пропусте да докажу неке чињенице које иду у корист окривљеном, уколико јавни тужилац не успе да докаже супротно, примењује се принцип *in dubio pro reo*. Ако пак јавни тужилац не успе да докаже неку правно важну чињеницу, суд ће донети ослобађајућу пресуду.

Са увођењем дуалистичког метода у доказни поступак, који се између осталог одликује и унакрсним испитивањем сведока, мења се положај јавног тужиоца и са становишта знања потребних за успешно вршење тужилачке функције. Неспорно, јавном тужиоцу је потребно добро познавање нових процесних установа на којима је изграђен адверзијални модел главног претреса. Међутим, осим правничког знања, које

може стећи изучавањем одговарајуће кривичнопроцесне литературе и учешћем у различитим облицима едукације правника, јавном тужиоцу је сада потребно да стекне и одговарајуће вештине потребне за успешно учешће у доказном поступку, пре свега везано за испитивање сведока и вештака. Вештине пре свега унакрсног испитивања сведока и вештака не могу се стећи учењем из књига и друге правне литературе, већ су потребне одговарајуће практичне едукације од стране експерата из праксе оних правних система који упражњавају адверзијални модел кривичног поступка.

3.5. КОРИШЋЕЊЕ ДОКАЗА ИЗВЕДЕНИХ У ЈАВНОТУЖИЛАЧКОЈ ИСТРАЗИ

Сви докази се по начелу непосредности изводе на главном претресу како би могли бити чињенична основа пресуде, али је то у неким ситуацијама отежано или чак немогуће. У тим случајевима законом се предвиђају ситуације и услови под којима се могу користити записници о раније изведеним доказима. С тим у вези, треба разликовати коришћење записника о кривичнопроцесним радњама доказног карактера које се, по природи ствари, изводе у предсудећим фазама кривичног поступка,⁵¹⁵ које не представља одступање од начела непосредности, од коришћења записника о испитивању сведока и вештака, односно о саслушању окривљеног у истрази и предистрази, којим се одступа од начела непосредности.

У првом случају законом се само уређује начин коришћења материјалних извора доказа. Предвиђено је да се у записнике о увиђају ван главног претреса, о претресању стана и других просторија или лица и потврде о привремено одузетим предметима, као и исправе које служе као доказ, врши увид, или ако веће оцени да је то потребно, председник већа укратко износи њихову садржину или ће их прочитати (чл. 405. ст. 1).

У другом случају ради се о коришћењу записника о изведеним доказима из субјективних извора и то *по одлуци судећег већа*, што је класичан случај одступања од начела непосредности. Ради се о упознавању са садржином записника о исказима сведока, саоптужених или већ осуђених саучесника у кривичном делу, као и записника о налазу и мишљењу вештака, сходном применом одредаба о начину коришћења материјалних доказа, али само у законом предвиђеним случајевима:

1) ако су испитана лица умрла, душевно оболела или се не могу пронаћи, или је њихов долазак пред суд немогућ или знатно отежан због старости, болести или других важних разлога;

⁵¹⁵ С. Кнежевић, *Основна начела кривичног процесног права* (Ниш: Студентски културни центар Ниш, 2012), стр. 201.

2) ако су странке сагласне да се тако поступи уместо непосредног испитивања сведока или вештака који није присутан, без обзира да ли је био позван или не;

3) ако је сведок или вештак испитан непосредно пред истим председником већа или у складу са одредбом члана 404. овог законика;

4) ако сведок или вештак без законског разлога неће да да исказ на главном претресу;

5) ако је реч о исказу саоптуженог према којем је кривични поступак раздвојен или је већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом (чл. 406. ст. 1).

Преузета су у неизмењеном тексту одступања од начела непосредности из ранијег процесног законика, „иако је драстично измењена физиономија истраге“.⁵¹⁶ У једном случају могућност коришћења записника је још и проширена, кад се ради о исказима саоптужених који су већ правноснажно осуђени или је против њих поступак издвојен. Омогућавањем да се користе записници из истраге, потпуно су изједначени несудски и неконтрадикторно изведени докази са судским доказима на главном претресу, чиме се крши начело правичног поступка и доводи у питање уставност ових законских одредаба (то смо оширније објаснили у делу дисертације под насловом „Доказна вредност резултата истраге“).

Законска могућност да се на главном претресу користе докази које је у истрази извео јавни тужилац, директно угрожава „једнакост оружја“ као конститутивни елемент права на правично суђење и „представља најдрастичније одступање од начела непосредности, као једног од основних принципа кривичног поступка.“⁵¹⁷ а има аутора који сматрају да је тиме начело непосредности „у потпуности разорено“.⁵¹⁸ Пођемо ли од тога да се суђење састоји од утврђивања чињеница и примене права на утврђено чињенично стање, онда сви докази којима се утврђује чињенично стање морају бити изведени пред судећим судом, контрадикторно и непосредно. Додамо ли томе европски стандард и уставну гаранцију окривљеном да има право да пред судом испита сведоке оптужбе или да их суд испита, може се закључити да наведене захтеве наш процесни закон не испуњава, па би се „у том смислу могла оспоравати и његова уставност.“⁵¹⁹

⁵¹⁶ С. Кнежевић, *Кривично процесно право* (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2015), стр. 75.

⁵¹⁷ Саша Кнежевић, „Начело непосредности“, у: *Усклађивање права Србије са правом ЕУ [Књ. I]* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2014), стр. 219.

⁵¹⁸ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 80.

⁵¹⁹ С. Бркић, „Критички осврт на уређење истраге у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 2 (2015), стр. 572.

Ограничење начела непосредности због коришћења субјективних доказа из истраге, истовремено представља и сужење поља за контрадикторно расправљање на главном претресу. Не треба губити из вида да је контрадикторност битна претпоставка „једнакости оружја“, а то у кривични предметима значи да странка мора имати могућност да сазна, да се изјасни и успротиви доказима супротне странке.⁵²⁰ Помоћу начела контрадикторности начело „једнакости оружја“ поприма свој најприменији израз. „Једнакост оружја“ као начело кривичног процесног права треба схватити у правнотехничком смислу из чега следи да је „функционално начело“,⁵²¹ које подразумева једнака процесна права и једнаке могућности утицаја на ток и резултат поступка.⁵²² Њега чини скуп процесних правила која имају циљ да странкама осигурају једнака права и једнаке могућности у остварењу њихових интереса у кривичном поступку.⁵²³ Управо изостају ове процесне гаранције кад наш законодавац допушта, и то у прилично већем обиму да може изостати испитивање сведока и вештака на главном претресу. Донекле се може оправдати коришћење записника кад се ради о објективној немогућности да се већ испитана лица поново испитају, јер су умрла или душевно оболела, али је потпуно погрешно да се остави могућност увида у записнике и онда када сведок или вештак без законског разлога неће да исказује на главном претресу.⁵²⁴

Са становишта правичности поступка и уставних гаранција права на одбрану окривљеног, посебно су проблематичне законске одредбе које допуштају коришћење исказа сведока из истраге, чак и у оним случајевима кад његовом испитивању нису присуствовали окривљени и бранилац зато што нису ни позвани да присуствују.⁵²⁵ То је по закону могуће у три случаја: 1. у кривичним стварима кад поступа јавно тужилаштво посебне надлежности, а јавни тужилац оцени да њихово присуство може утицати на сведока (чл. 300. ст. 2); и 2. кад се истрага води против непознатог учиниоца (чл. 300. ст. 6), јер окривљени и не зна да се против њега води истрага па зато и не присуствује испитивању сведока, а закон не предвиђа обавезну стручну одбрану путем браниоца

⁵²⁰ Случај *Brandstetter v. Austria*, Одлука ЕСЈП од 28. 08. 1991. год., захтев бр. 11170/84; 12876/87; 13468/87. (<http://www.legal-tools.org/doc/deb99c/> доступно 06. 03. 2019).

⁵²¹ Claus Roxin, *Strafverfahrensrecht* (München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1998), str. 76.

⁵²² D. Крпач, *Kazneno procesno pravo*, Prva knjiga: Institucije (Zagreb: 2010), str. 211, 212.

⁵²³ *Ibidem*.

⁵²⁴ М. Шкулић, „Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспекти)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 121.

⁵²⁵ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 501.

иако се лицу „суди“ у одсуству; и 3. у случају да позив осумњиченом и његовом браниоцу није достављен у складу са одредбама овог законика, кад се има сматрати да позивање правно и не постоји, јер је неуредно. У овим случајевима права окривљеног су двоструко угрожена – једном у истрази тиме што му није омогућено да учествује у поступку који се против њега води, а други пут на претресу, тиме што му је онемогућено да испита сведоке чији искази из истраге се користе уместо да се непосредно испитају. Осим што оба вида представљају кршење права окривљеног, оваква законска регулатива је изразито инквизиционе природе, која у потпуности потиже идеју о адверзијалном кривичном поступку.

Са аспекта положаја јавног тужиоца у кривичном поступку, за напред цитирана одступања од начела непосредности може се одмах констатовати да фаворизују јавног тужиоца. Уместо да своје сведоке испитује на главном претресу, али уз могућност да их супротна странка унакрсно испита, јавном тужиоцу је омогућено да у поступак посредно уведе доказе које је у истрази сам извео и то на неконтрадикторан начин,⁵²⁶ а некада и без присуства браниоца и окривљеног. Противно је логици и крајње је неправично да јавни тужилац кад се на главном претресу трансформише у „равноправну“ странку, користи доказе које је сам, као орган поступка извео у истрази. Ако се има у виду да суђење (примена прва) има два елемента, утврђивање чињеница и примену правне норме на утврђено чињенично стање, јавни тужилац фактички преузима вршење функције суђења у погледу утврђивања чињеница. То је недопустиво јер је у директној супротности са правом на правично суђење, које сваком окривљеном гарантује да му суди искључиво независан и непристрасан суд,⁵²⁷ а не било који други државни орган. Фаворизовање јавног тужиоца је још већег степена у оним случајевима у којим закон допушта да се користе искази сведока чијем испитивању нису присуствовали окривљени и његов бранилац. При свему томе не треба заборавити да је у записнику који се користи, исказ сведока формулисао јавни тужилац, који у истрази диктира како ће се формулисати одговор сведока, уместо да то чини суд да се исти сведок испитује на главном претресу. Преимућства јавног тужиоца су очита, али је исто толико сам поступак неправичан, па се поставља питање у чему се огледа прокламована адверзијалност главног претреса. Изгледа да је главни претрес само

⁵²⁶ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 136.

⁵²⁷ Види чл. 6. ст. 1. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и чл. 32. ст. 1. Устава Србије.

привидно и номинално адверзијалан. Иако фаворизовање јавног тужица поспешује успех кривичне тужбе, модел главног претреса не сме бити обојен само ефикасношћу и брзином поступка, него треба да осигура право државе на кажњавање на основу истинито утврђеног чињеничног стања, што у крајњем исходу значи да осигура изрицање правде.

Збон напред изнетих критика важећег кривичнопроцесног кодекса, закључак би био да треба укинути и онемогућити свако коришћење несудских доказа из субјективних извора као да су изведени од суда или пред судом, чиме би се спречило да постану чињенична основа пресуде. Евентуално али сасвим изузетно треба допустити коришћење и несудских доказа (првенствено јавнотужилачких), и то у ограничене сврхе: ради подсећања сведока или с циљем доказивања датог признања.⁵²⁸ Треба затим ограничити могућност употребе записника „о испитивању саоптуженог, према коме је поступак раздвојен, на главном претресу против осталих саоптужених“,⁵²⁹ обухватајући и саоптужене који су осуђени. Овај изузетак треба изузетно допустити али под условом да је долазак ових саоптужених немогућ или знатно отежан, што значи да не би било довољно да поступак против њих буде раздвојен, као једини услов. На крају, као одступање од начела непосредности на главном претресу треба омогућити коришћење записника о испитивању сведока и вештака из истраге само *ако ове доказе изведе суд*, по правилима прописаним за главни претрес, уз поштовање начела непосредности и контрадикторности, и осигурање гаранција „једнакости оружја“ процесних странака. Случајеве у којима би то било могуће треба прописати рестриктивније него кад је истрага била судска. То би захтевало да се изврши један суштински захват у правила о извођењу доказа у истрази, увођењем *доказног рочишта* који би био у функционалној наджености судије за претходни поступак. Реч је о рочишту на коме би се изводили тзв. инцидентни докази, тј. докази за које прети опасност од одлагања, односно да неће моћи бити изведени на главном претресу.

⁵²⁸ Види §253 и §254. StPO. Опширније: Klaus Volk, *Grundkurs StPO*, 7th edn (München: Verlag C. H. Beck, 2010), str. 250, 251.

⁵²⁹ С. Кнежевић, „Међународноправни стандарди двоструке угрожености“, у: *Право и друштвена стварност* (Косовска Митровица: Правни факултет, 2014), стр. 223.

3.6. ИЗМЕНА, ПРОШИРЕЊЕ И ОДУСТАНАК ОД ОПТУЖБЕ

Као логична последица начела оптужбе на којима су изграђени савремени кривични поступци, оптужним актом се одређује предмет суђења.⁵³⁰ Дакле, „предмет оптужбе детерминише предмет пресуде“, што значи да мора постојати идентитет између пресуде и оптужбе.⁵³¹ Пресуда се може односити само на лице које је оптужено (субјективни идентитет) и само на дело које је предмет оптужбе (објективни идентитет) садржане у подигнутом оптужном акту (чл. 420. ст. 1).

У погледу објективног идентитета пресуде и оптужбе, које представља изузетно комплексно питање које заокупља теорију кривичног процесног права,⁵³² постоје два гледишта. Према једном, ширем схватању, пресуда се мора односити на *дело* из оптужнице и одговарати резултату доказивања на главном претресу. По овом тумачењу, суд може пресудом обухватити све радње иако нису обухваћене оптужбом извршења, што је значајно код продуженог кривичног дела. Најшире тумачење истог дела прихваћено је у законодавству Немачке, које предвиђа да је предмет пресуде дело наведено у оптужби како је то утврђено доказивањем на главном претресу.⁵³³ Према ужем тумачењу, идентитет дела је сачуван ако је дело у пресуди *исто или другачије* из оног из оптужбе, а не постоји ако је реч о *другом делу*. Измене се могу кретати у опсегу другог вида истог кривичног дела, али дело из пресуде не сме бити теже а може бити лакше од оног обухваћеног оптужницом.⁵³⁴ Измене у чињеничном опису оптужног акта могу иће све дотле док не доводе до другог дела или до правне квалификације теже по окривљеног.⁵³⁵

Због тога што мора постојати идентитет пресуде и оптужбе, ако се на главном претресу покаже чињенично стање другачијим него у оптужном акту, суд би морао донети ослобађајућу пресуду ако би оптужни акт остао непромењен. То је основни разлог што кривичнопроцесна законодавства предвиђају могућност измене и проширења оптужбе на самом главном претресу. И наш законодавац даје овлашћење

⁵³⁰ Иван Илић, „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник правног факултета у Нишу*, 69 (2015), стр. 267.

⁵³¹ Саша Кнежевић, „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник правног факултета у Нишу*, 38/39 (1998), стр. 172.

⁵³² Види: Branko Brkić, „Identitet presude i optužbe“, *Hrvatska pravna revija*, 4 (2004) - http://www.vsrh.hr/CustomPages/Static/HRV/Files/BrkićB_identitet-izmedju-presude-optužbe_2004/доступно07.03.2019.

⁵³³ Формулација предмета пресуде гласи: „Предмет пресуде је дело наведено у оптужници у обиму и мери како је то дело утврђено на основу исхода претреса“ (§ 264. ст. 1. СтПО).

⁵³⁴ Опширније о ужем и ширем схватању идентитета пресуде и оптужбе, види: И. Илић, „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 69 (2015), стр. 266. и 267.

⁵³⁵ *Ibidem*, str. 269.

тужиоцу да „може у току главног претреса, *ако оцени* да изведени докази указују да је чињенично стање другачије од оног изнетог у оптужници, изменити оптужницу или предложити да се главни претрес прекине ради припремања нове оптужнице“ (чл. 409. ст. 1). У обе ситуације, кад се главни претрес одлаже ради припреме нове оптужнице и кад јавни тужилац врши измену оптужнице на главном претресу, окривљеном и његовом браниоцу мора се обезбедити довољно времена за припрему одбране. Измењена или нова оптужница не подлеже општој форми контроле оптужбе изван главног претреса (суд не врши контролу оптужбе по службеној дужности, нити окривљени има право одговора на оптужницу).

Према законској формулацији и дикцији правне норме, измена оптужбе је могућа кад на главном претресу *тужилац оцени* да изведени докази указују на измењено чињенично стање. С тим у вези, пошто је измена оптужбе везана за субјективни став тужиоца, може се поставити питање да ли је могућа измена оптужбе ако само тужилац промени свој став, а да се чињенично стање стварно није променило. Другачије речено, може ли тужилац изменити оптужни акт само због нове, другачије субјективне оцене релевантних чињеница на основу истих доказа изведених на главном претресу а да се чињенично стање објективно није изменило? По овом питању постоје различита мишљења. Према једном мишљењу, није довољна само промена става тужиоца без стварне измене утврђених чињеница.⁵³⁶ По другом мишљењу, довољна је нова субјективна оцена доказа познатих из претходног поступка, настала као резултат усменог, непосредног и контрадикторног расправљања на главном претресу.⁵³⁷

Сматрамо да је друго гледиште исправније. Из дикције законске норме (тужилац ... *ако оцени*) произилази да је једино могуће тумачење „да је субјективни став тужиоца одлучујући и довољан“ и „у складу са начелом мутабилитета кривичног гоњења“.⁵³⁸ Ако би се прихватило супротно гледиште, као логично се намеће питање ко би био арбитар да ли је стварно измењен чињенични супстрат, јер по истом питању постоје различити ставови у пракси (нпр. кад из доказа на претресу произлази да је време или место друго у односу на чињенични опис из оптужнице, једни сматрају да јесте а други да није реч о другом делу). То би једино могао бити суд, што је неприхватљиво јер би тиме суд преузео вршење функције оптужбе. Остаје као једино исправно гледиште да

⁵³⁶ Branko Petrić, *Komentar Zakona o krivičnom postupku* (Šid: Grafosrem, 1982), str. 777.

⁵³⁷ Jovan Pavlica – Milomir Lutovac, *Zakon o krivičnom postupku praktičnoj primeni* (Beograd: Prosveta, 1985), str. 461.

⁵³⁸ И. Илић „Идентитет пресуде и оптужбе”, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 69 (2015), стр. 265.

само тужилац има власт над општужбом. Сагласно начелу мутабилитета оптужбе, јавни тужилац је овлашћен: да по сопственој оцени оптужни акт прилагоди изведеним доказима на претресу, да оптужбу измени или прошири, или да одустане од оптужбе.

Црногорски законодавац је ову дилему разрешио изменом одредбе која је гласила исто као у нашем законнику, тако што је увео формулацију “ако докази изведени на главном претресу указују да се измијенило чињенично стање” (чл. 360. ст. 1. ЗКП ЦГ). Након тога се у литератури појавило гледиште да „ова измена елиминише субјективну оцену тужиоца да се изменило чињенично стање ако се оно заиста није изменило“.⁵³⁹ Међутим, нама се чини да је проблем остао исти и после измене формулације. И даље остаје питање ко ће ценити да се није изменило чињенично стање ако тужилац оцени да јесте. Ако то буде чинио суд својом одлуком да не допушта измену оптужнице, да ли ће тужилац имати право жалбе? Ипак, не сме се губити из вида да је оптужба у власти тужиоца, само треба осигурати окривљеном да након измене оптужнице може припремити и стварно реализовати право на одбрану.

Овлашћени тужилац има овлашћење да прошири оптужбу на кривично дело које је оптужени раније учинио, а за које се сазнало тек у току главног претреса (чл. 410 ст. 1). Оптужницу за ново дело тужилац може и усмено изложити. О проширењу главног претреса и на то дело, одлучује судеће веће, а може одлучити и да се за то кривично дело посебно суди. Уколико веће прихвати проширење оптужнице, прекинуће главни претрес и обезбедити довољно времена за припремање одбране. Оптужени и његов бранилац имају право да против проширене оптужнице поднесу одговор на оптужницу (није предвиђена и контрола оптужнице по службеној дужности).⁵⁴⁰ Кад оцени да је кривично дело на које је проширена оптужба из надлежности вишег суда, судеће веће упућује предмет том суду, и истовремено ће одлучити да ли ће вишем суду уступити и предмет по коме води главни претрес. Странке имају право да након проширења оптужбе предложи допуну доказног поступка.

У погледу измене и проширења оптужбе, процесни положај је суштински остао неизмењен у односу на ранији процесни законик, пошто су из њега преузете скоро све одредбе које се тичу ових процесних установа. Јавни тужилац и даље одлучује да ли ће на главном претресу изменити оптужницу сагласно измењеном чињеничном стању. На

⁵³⁹ D. Radulović, „Identitet presude i optužbe i kaznena politika“, u: *Kaznena politika kao instrument državne politike i kriminalitet* (Banja Luka: Ministarstvo pravde Republike Srpske, 2014), str. 78.

⁵⁴⁰ Према ранијим прописима јавни тужилац је имао суверено право да одлучује хоће ли подићи оптужницу на главном претресу, против које окривљени није имао право приговора (чл. 355. ЗКП/2001).

то га у редовном кривичном поступку обавезује начело легалитета. Неприлагођавањем оптужнице новонасталом чињеничном стању јавни тужилац би угрозио успех оптужбе, пошто би због нових чињеница суд могао донети ослобађајућу пресуду. Због тога јавни тужилац мора благовремено извршити оцену изведених доказа и изменити оптужницу ако је то потребно. У старом моделу кривичног поступка он је само оцењивао изведене доказе а суд је доказе изводио, а сада мора бити двоструко активан, мора сам изводити доказе и учествовати у извођењу доказа одбране (нарочито унакрсним испитивањем сведока и вештака), с једне стране, и истовремено вршити оцену свих изведених доказа.

Док јавни тужилац има обавезу да измени оптужницу и прилагоди је чињеничном стању на које указују изведени докази, било да одмах усмено измени оптужницу на претресу или затражи прекид претреса ради припреме нове оптужнице, ту обавезу да одмах прилагоди оптужницу нема кад се ради о проширењу оптужнице на кривично дело откривено на главном претресу. И у тој ситуацији јавног тужиоца обавезује начело легалитета кривичног гоњења, али има могућност да одмах прошири оптужницу или да касније сачини нову по којој ће се судити у засебном поступку, разуме се пре истека рока застарелости.

И поред начела легалитета, јавни тужилац не губи власт процесног располагања поднетом оптужбом, па може у свако доба, до завршетка главног претреса одустати од оптужбе.⁵⁴¹ Усклађивање са резултатима доказног поступка не подразумева само измену или проширење оптужбе, што је у складу са начелом мутабилитета, већ и одустајање од оптужбе. Разлози за одустанак могу настати због изведених доказа који указују да нема кривичног дела или да оптужени није учинилац, али то може бити и настанак неких трајних сметњи за кривично гоњење до завршетка главног претреса (на пример, наступање застарелости, помиловање и сл.). Тужилац може у потпуности или делимично одустати од оптужбе, у односу на нека кривична дела или према неким учиниоцима.

3.7. ЗАВРШНЕ РЕЧИ ПРИЛАГОЂЕНЕ АКТИВНОЈ УЛОЗИ ТУЖИОЦА НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ

После завршеног доказног поступка, следи завршна реч странака, оштећеног и браниоца. Завршне речи се дају по редоследу утврђеном законом, о чему се стара председник судећег већа. Прво говори тужилац, након тога оштећени или његов законски заступник, потом бранилац, и на крају оптужени (чл. 412 ст. 1). Тужилац и

⁵⁴¹ Т. Васиљевић – М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2002), стр. 625.

оштећени имају право на реплику, односно они могу да одговоре на одбрану изнету у завршној речи браниоца и оптуженог, а бранилац и оптужени да се осврну на те одговоре. Последња реч увек припада оптуженом. Председник већа може, након изјашњења странака, одредити трајање завршних речи.

Кроз завршну реч странака такође се реализује начело контрадикторности јер им омогућава да изнесу сопствено виђење предмета у чињеничном и правном погледу, али и да уједно дају и оцену чињеничних навода и правних тумачења супротне странке. Говор завршавају формулисањем коначног предлога коју одлуку суд треба да донесе или стављањем предлога да се доказни поступак допуни, што може изискивати и предлог да се главни претрес прекине или одложи.⁵⁴²

У закону је одређен начелни садржај завршних речи, за сваког субјекта коме то право припада. Задржаћемо се на законским упутствима која се односе на тужиоца, пошто се јавни тужилац јавља у тој улози. Тужилац у завршној речи треба прво да се изјасни да ли остаје при оптужби или одустаје од даљег кривичног гоњења. У овом другом случају, тужилац у завршној речи:

- износи своју оцену доказа изведених на главном претресу,
- излаже своје закључке о чињеницама важним за одлуку,
- ставља и образлаже свој предлог о одредбама кривичног и другог закона које се имају применити и
- саопштава своје закључке о олакшавајућим и отежавајућим околностима које би требало узети у обзир приликом одмеравања казне
- предлаже врсту и меру кривичне санкције. (чл. 413 ст. 1).

У односу на уређење завршне речи према ранијем законику, постоје две значајне разлике, које су од утицаја и на положај јавног тужиоца: 1) трајање завршних речи може бити ограничено и 2) тужилац може предлагати врсту и меру кривичне санкције.

У старом законику било је изричито забрањено временско ограничење трајања завршних речи,⁵⁴³ а сада је могуће, о чему одлучује председник судећег већа, након изјашњавања странака (чл. 412. ст. 4). Полазећи од тога да свако ограничење права доводи у неповољнији положај титулара тог права, са тог становишта, може се рећи да ограничење трајања завршних речи доводи јавног тужиоца у неповољнији положај, али

⁵⁴² В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 158.

⁵⁴³ Забрана је била формулисана на следећи начин: „Реч странака, браниоца и оштећеног не може се ограничити на одређено време“ (чл. 347. ст. 1. ЗКП/2001).

оно има другу сврху – доприноси убрзању поступка, што је оправдано са становишта ефикасности кривичног поступка. И ово ново процесно правило захтева од јавног тужиоца додатни степен активности. Приликом изјашњавања странака, јавни тужилац треба да предложи председнику већа време трајања завршних речи за које процени да ће бити адекватно с обзиром на правну и чињеничну комплексност кривичне ствари, што претпоставља претходну анализу кривичног предмета. Предлагањем адекватног времена, јавни тужилац може помоћи председнику већа да се предупредe евентуалне злоупотребе процесних овлашћења противне странке.

О значају могућности да јавни тужилац у завршној речи предложи врсту и меру кривичне санкције, излагаћемо у делу дисертације о утицају јавног тужиоца на казнену политику.

Завршна реч странака као процесни институт, принципијелно посматрано у потпуној је хармонији са адверзијалним главним претресом, коју јавни тужилац треба да искористи како би пледирао за успех кривичне тужбе. Процесна правила о завршној речи, која су утемељена на принципима усмености и контрадикторности, повољан су амбијент за јавног тужиоца да истицањем само чињеница важних за одлуку и указивањем на доказе који су упечатљиви и имају очиту доказну снагу, усмери судије ка правилном и законитом чињеничном и правном оформљењу кривичне ствари. Настојање да се утврди истина о кривичном догађају и промишљено тумачење кривичних норми, и кад се неки други путеви чине да ће произвести већи ефекат, најбољи су начин да се у завршној речи утиче на изрицање правде сагласно основном задатку кривичног поступка, а то је правилна примена материјалног кривичног права.

VI. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ КАО ОВЛАШЋЕНИ СУБЈЕКТ РЕДОВНИХ И ВАНРЕДНИХ ПРАВНИХ ЛЕКОВА

1. ПОЈАМ, СИСТЕМ И ВРСТЕ ПРАВНИХ ЛЕКОВА

О правним лековима постоје више теоријских дефиниција, али се због међусобне сличности могу разврстати у две групе. Једну групу чине гледишта да су правни лекови процесне радње странака, која су заступљена у старијој кривичнопроцесној литератури,⁵⁴⁴ а другу гледишта да су по својој правној природи правна средства.⁵⁴⁵ Осим разлика у схватању природе, у осталим елементима нема неких посебних разлика, ни у погледу субјеката, разлога изјављивања и сврхе правних лекова. Узимајући у обзир све те елементе који се у овим гледиштима јављају као заједнички, у садржинском смислу може се дати следећа дефиниција: „Правни лекови су правна средства, којима овлашћени процесни субјекти захтевају укидање или преиначење неправилне или незаконите судске одлуке“.⁵⁴⁶ То је класична дефиниција заснована на схватању да без судске одлуке нема ни правног лека. Међутим, са увођењем јавнотужилачке истраге, јавни тужилац постаје орган поступка који такође доноси одлуке у претходном кривичном поступку, па се извршеном реформом могућност изјављивања неких правних лекова проширује и на те одлуке.

Кад се посматра упоредно право, сваки кривични поступак по правилу има више правних лекова. Који ће правни лекови бити установљени у неком кривичном

⁵⁴⁴ Професор Васиљевић даје следећу дефиницију. „Правни лекови су процесне радње, којима странке и друга овлашћена лица у поступку, побијају одлуку коју сматрају неправилном и незаконитом, и траже да је суд правног лека пошто утврди основаност њихових навода, измени или укине својом одлуком“ (Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ* (Београд: Завод за издавање уџбеника, 1971, стр. 544). Сличне дефиниције види код: М. Доленц, *Теорија судског кривичног поступка за Краљевину Југославију* (Београд: Издавачка књижарница Геце Кона, 1933) стр. 250; Б. Марковић, *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије* (Београд: Народна Штампариа, 1930), стр. 272.

⁵⁴⁵ С. Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), стр. 473; D. Radulović, *Krivično procesno pravo* - (Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, 2015), стр. 312; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део* (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 176; С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 148; М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Седмо измењено и дупуњено издање (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 410.

⁵⁴⁶ Иван Илић, „Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 538.

поступку, зависи од типа кривичног поступка, правосудног система у некој држави, правне традиције и од многих других правних и ванправних фактора.

„Сви правни лекови у свом структуралном јединству и међусобној функционалној повезаности, чине систем правних лекова, који установљава законодавац одређивањем, уређењем и ситематизовањем врсте, броја и садржине правних лекова“.⁵⁴⁷ Изградња система са лако доступним и делотворним правним лековима је веома комплексан задатак.

Систем правних лекова у српском⁵⁴⁸ кривичном поступку, традиционално се заснива на разликовању редовних и ванредних правних лекова. Разликовање ових категорија правних лекова у историји српског кривичног процесног законодавства сеже у другу половину XIX века. Законик о поступку судском у кривичним делима за Књажевство Србију из 1865. године познавао је три правна средства, незадовољство, жалбу и молбу за поновно суђење, од којих су прва два у ствари редовни правни лекови, а овај последњи ванредни правни лек.⁵⁴⁹

И последњом реформом нашег кривичног процесног законодавства није дирано у систем правних лекова. Поступак по правним лековима уређен је у глави XIX законика. Као редовни правни лекови предвиђени су: жалба на пресуду првостепеног суда (чл. 432-462), жалба на пресуду другостепеног суда (чл. 463-464) и жалба на решење (чл. 465-469). Ванредни правни лекови су: захтев за понављање кривичног поступка (чл. 470-481) и захтев за заштиту законитости (чл. 482-494). Редовним правним лековима нападају се неправноснажне судске одлуке, а уређени су као потпуни правни лекови, па се њима може побијати судска одлука из стварних и из правних разлога, односно због чињеничних и правних недостатака. Ванредни правни лекови се изјављују против правноснажних судских одлука, а сваки ванредни правни лек може се изјавити само по једном законском основу, или чињеничном или правном, па су зато непотпуни правни лекови.

У даљем излагању анализираћемо поступак по правним лековима са аспекта теме рада. Најкраће речено, размотрићемо и објаснити како правни лекови утичу на процесни положај јавног тужиоца, односно какав положај има јавни тужилац у

⁵⁴⁷ Војислав Ђурђић, „Систем правних лекова и Државна заједница Србија и Црна Гора“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, 2003, стр. 257.

⁵⁴⁸ О правним лековима у српској правној историји, види: И. Илић, „Систем правних лекова у кривичном поступку Србије XX века“, у: *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору : тематски зборник радова Правног факултета у Нишу. Књ. 4* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2014).

⁵⁴⁹ И. Илић, „Изградња кривичног поступка Србије у XIX веку“, *Пешчаник*, 12 (2014 б), стр. 302.

поступку по правним лековима и у којој је мери његов положај измењен последњом реформом кривичног процесног законодавства. Пре свега је интересантно да ли преуређење правних лекова одговара адверзијалном првостепеном кривичном поступку. Основно је питање могу ли странке побијати чињенично стање пошто су оне у усвојеном адверзијалном моделу судског кривичног поступка одговорне за наступање доказа и утврђивање чињеница. На то се надовезује питање у којој мери се јавни тужилац јавља као кривичнопроцесна странка а у којој као државни орган установљен да гони учиниоце кривичних дела и да се стара о законитости кривичне репресије према учиниоцима кривичних дела. С тим у вези, начелно се може рећи да у извршеној реформи нема радикалних захвата у ситем правних лекова нити су измене многобројне, али да има и веома значајних измена код појединих правних лекова. Ми ћемо настојати да прикажемо најважније измене и допуне одредаба о поступку по правним лековима, стављајући у жижу интересовања оне промене процесног законика које мењају у извесној мери улогу или на други начин утичу на активност јавног тужиоца.

2. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПО РЕДОВНИМ ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА

Новелирање области редовних правних лекова извршено Закоником о кривичном поступку из 2011. године највише се односи на жалбу на пресуду првостепеног суда, као основни правни лек, као и на обим примене жалбе на пресуду другостепеног суда, док су измене одредба о жалби на решење сасвим незнатне. После увођења јавнотужилачке истраге и ширења одступања од начела легалитета кривичног гоњења, са становишта положаја јавног тужиоца и права на правни лек, интересантно је и значајно питање могу ли се жалбом побијати одлуке јавног тужиоца о покретању, односно непокретању истраге и одлуке о примени начела опортунитета. Зато што захтевају шире елаборирање уређења истраге и опортунитета гоњења, теоријску анализу и критику искључења права на правни лек, па самим тим и искључења судске заштите, дали смо у одговарајућим деловима докторске дисертације – у глави о положају јавног тужиоца у стадијуму претходног кривичног поступка и глави о диверзионим формама решавања кривичних ствари. Зато ћемо излагање фокусирати на положај јавног тужиоца у поступку по жалби на пресуду првостепеног суда, као и на критичку анализу сужења могућности побијања другостепене пресуде.

2.1. ПОСТУПАК ПО ЖАЛБИ НА ПРЕСУДУ ПРВОСТЕПЕНОГ СУДА

2.1.1. Јавни тужилац као субјект жалбе

Као и код правног лека уопште, право на жалбу припада само субјектима која имају непосредни правни интерес за решење кривичне ствари, који подразумева апстрактни правни интерес за употребу правног лека, као и конкретни правни интерес да се правни лек изјави по одређеном основу и у одређеном правцу.⁵⁵⁰ Круг лица која имају право жалбе прилично је широко одређен. У субјекте жалбе законом су уврштене кривичнопроцесне странке, бранилац и оштећени, а такође и нека лица која могу имати оправдан интерес да изјаве жалбу у корист окривљеног или правни интерес да захтевају доношење правилне и законите судске одлуке. У погледу основа за побијање пресуде, неки титулари имају *потпуно право на жалбу* и могу побијати пресуду по свим основима, у које спадају тужилац, окривљени и његов бранилац, процесни супститути окривљеног, а изузетно и оштећени, док други имају *лимитирано право на жалбу*, а то су оштећени и лице чији је предмет одузет, који могу побијати само одлуку о трошкова кривичног поступка, односно одлуку о одузимању имовинске користи.⁵⁵¹

У погледу садржине права на жалбу, положај јавног тужиоца има три карактеристичне одлике: законодавац га и даље не третира само као кривичнопроцесну странку, он има најпотпуније право на жалбу и апсолутни је господар права на жалбу.

И даље је законодавац задржао решење да јавни тужилац, поред жалбе на штету, може изјавити жалбу и у корист окривљеног (чл. 433. ст. 3), за разлику од других овлашћених тужилаца. Из овог овлашћења следи да и даље јавни тужилац није само странка у поступку већ се *третита као државни орган* установљен да гони учиниоце кривичних дела. То је у складу са наметнутом општом обавезом државних органа да у кривичном поступку с једнаком пажњом испитују и утврђују како чињенице које терете окривљеног тако и оне које му иду у корист (чл. 6. ст. 4. и чл. 16. ст. 2). Међутим, законодавац занемарује чињеницу да је уведен адверзијални кривични поступак. Такво уређење није у хармонији са природом и духом адверзијалног модела поступка и унеколико је неспојиво са улогом тужиоца на главном претресу где је он законски позициониран као класична процесна странка, па самим тим и пристрасна. Нелогично је наима да на претресу мора доказивати да је оптужени учинилац и вин за кривично

⁵⁵⁰ М. Грубач, *Кривично процесно право, Посебни део* (Београд: Службени гласник, 2004а), стр. 118.

⁵⁵¹ Види: М. Шкулић, *Кривично процено право*, Седмо измењено и допуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 412; и С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 173 и 174.

дело које му се ставља на терет, а након тога да у жалби истиче постојање чињеничних и правних недостатака пресуде у корист окривљеног, поготову што суд више није одговоран за утврђено чињенично стање.

- Управо зато што може изјавити жалбу и на штету и у корист окривљеног, сматра се да јавни тужилац *има најпотпуније право на жалбу*.⁵⁵² Кад изјављује жалбу у корист окривљеног, јавља се као државни орган који се стара о законитости и то чини у јавном, општем интересу, па жалбу може изјавити и против воље окривљеног. Јавни тужилац нема дужност да обавезно изјављује жалбу у свим кривични стварима, већ само овлашћење да је изјави кад оцени да за то има разлога, те да побија онај део пресуде и по оном основу како то произилази из његовог сопственог виђења исправности пресуде. Он може да не изјави жалбу и има право да се одрекне и да одустане од изјављене жалбе, али у том случају на његово место се не може супституисати оштећени. У овим процесним ситуацијама се јавни тужилац третира искључиво као кривичнопроцесна странка, а не као државни орган. После потврђивања оптужнице, уместо јавног тужиоца који заступа јавну кривичну тужбу оштећени се, начелно посматрано, може супституисати на место тужиоца кад јавни тужилац одустане од даљег гоњења. Међутим, кад јавни тужилац не поднесе жалбу против ослобађајуће пресуде, па тиме суштински манифестује исти став да одустаје од оптужбе (пошто се фактички саглашава да нема места оптужби што је основ одустанка), такво право на супсидијарну тужбу оштећени нема. Да резимирамо, у односу на окривљеног, јавни тужилац има право жалбе као државни орган који се стара о законитости, а у односу на оштећеног, некоришћење права жалбе показује да јавни тужилац има само положај странке.

- Јавни тужилац је *апсолутни господар* свог права на правни лек. Окривљени не може утицати на јавног тужиоца да изјави жалбу у његову корист, нити је оштећени овлашћен да изјави жалбу уместо њега кад он то не учини, а до завршетка главног претреса није одустао од оптужбе. Јавни тужилац има овлашћење да изјави жалбу против свих врста пресуда, али га оштећени не може натерати да изјави жалбу против ослобађајуће пресуде, нити га окривљени може приморати да у његову корист изјави жалбу против осуђујуће пресуде.

⁵⁵² Јасмина Киурски, „Жалба јавног тужиоца и казнена политика“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет* (Бања Лука: Министарство правде Републике Српске, 2014), стр. 142.

Рок за жалбу није мењан, против пресуде првостепеног суда донете у редовном кривичном поступку рок за жалбу је петнаест дана (чл. 432 ст. 1), а у сумарном поступку рок за жалбу је осам дана (чл. 509 ст. 1). Новина је да се рок за жалбу по одлуци суда може продужити, али продужење не важи за све субјекте жалбе. Продужење рока за жалбу могу тражити само странке и бранилац, под условом да се ради о сложеном предмету и да продужење рока за изјављивање жалбе захтевају одмах по објављивању пресуде (чл. 432 ст. 2). О захтеву за продужење рока за жалбу одмах одлучује председник судећег већа, и то решењем, против кога није дозвољена жалба. Уколико усвоји захтев странке или браниоца, рок за изјављивање жалбе могуће је продужити највише за још 15 дана.

Продужење је настало као резултат уочених проблема у пракси, нарочито у поступцима за организовани криминал и ратне злочине, у којима је био велики број оптужених па су и пресуде биле обимне, због чега је потребно дуже време за проучавање пресуде и састављање жалбе.⁵⁵³ Могућност продужења рока за жалбу користиће окривљеном и браниоцу, али и сваком овлашћеном тужиоцу. И јавном тужиоцу биће од помоћи у сложеним предметима, јер ће са продужењем рока имати прилику да сачини квалитетнију жалбу, што може допринети успеху оптужбе, а у крајњем и правилном и законитом пресуђењу кривичне ствари. Са тог становишта, продужење рока за жалбу још је значајније кад се има у виду скоро потпуно укидање повреда закона које суд испитује по службеној дужности.

2.1.2. Основи жалбе

2.1.2.1. *Непромењене групе недостатака пресуде као основи жалбе*

Основи правних лекова представљају групе недостатака исте природе због којих се по закону судска одлука може побијати правним леком.⁵⁵⁴ Ти недостаци могу бити правни (*error iuris*) и чињенични (*error facti*). Као основи због којих се жалба може изјавити, одредбама члана 437. предвиђени су: (1) битне повреде одредаба кривичног поступка; (2) повреде кривичног закона; 3) погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање; и (4) неправилне одлуке о кривичним санкцијама и друге неправилне

⁵⁵³ Невенка Важић, „Редовни правни лекови у новом законика о кривичном поступку“, у: *Нова решења у кривичном проценом законодавству : теоретски и практични аспект* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2011), стр. 95.

⁵⁵⁴ М. Грубач, *Кривично процесно право, Посебни део* (Београд: Службени гласник, 2004а), стр. 115.

одлуке (о имовинскоправном захтеву, одузимању имовинске користи, одузимању имовине проистекле из кривичног дела и одлуке о трошковима кривичног поступка). Сви ови основи преузети су у истоветном тексту из ранијег процесног законика, изузев основа из тачке 4) који је само језички, мада неспретно преформулисан,⁵⁵⁵ али је садржински остао исти.

Из напред цитираних законских основа, видљиво је да жалба на пресуду првостепеног суда представља потпуни правни лек који омогућава да се пресуда напада из чињеничних и правних разлога, с тим што се основи жалбе могу кумулирати па се у једној жалби жалилац може позвати на више основа, па чак и на сва четири основа жалбе, што није редак случај у пракси. С тим у вези интересантна је једна новина којом се ограничава изјављивање жалбе у корист окривљеног по једном основу – због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Предвиђено је да кад признање оптуженог у односу на све тачке оптужбе испуњава све законске претпоставке да буде релевантно, оптужени, његов бранилац и њему блиска лица „могу изјавити жалбу због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања *само у односу на чињенице од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције*“ (чл. 433. ст. 7). Новина је логична, јер је окривљени својом изјавом о признању зауставио даље доказивање, па би омогућавање побијања свих одлучних чињеница у ствари била дозвола за повлачење признања, што би поступак вратило на почетак. Зато је окривљеном с разлогом дозвољено да побија само чињенице везане за одлуку о кривичној санкцији. Поводом овог ограничења, треба констатовати да оно не важи за тужиоца већ само за одбрану, што би значило да јавни тужилац може побијати пресуду засновану на признању окривљеног због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања у целини, односно због сваке неправилно утврђене одлучне чињенице. Уопштено речено, новоустановљеним ограничењем основа везаним за признање окривљеног, није погоршан положај јавног тужиоца.

2.1.2.2. Теоријска критика погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања као основа жалбе

Управо зато што су задржани сви основи за побијање првостепене пресуде иако је установљен адверзијални главни претрес, у теорији се проблематизује и само

⁵⁵⁵ Одредба сада гласи: „Жалба се може изјавити због: ... 4) одлуке о кривичним санкцијама и о другим одлукама“, а ранија одредба је гласила: „Пресуда се може побијати: ... 4) због одлуке о кривичним санкцијама, одузимању имовинске користи, трошковима кривичног поступка и имовинскоправним захтевима“ (чл. 367 ЗКП/2001).

постојање погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања као основа жалбе, пошто одговорност за утврђено чињенично стање више не лежи на суду, него на странкама. Скоро општеприхваћено је гледиште да такво решење у себи носи унутрашњу концепцијску противречност – дато је право да побијају исправност чињеничног стања управо оним субјектима који су одговорни за његово утврђивање, само се разликују варијације критичких аргумената.

У основи аргументације је питање како побијати чињенично стање кад по самом закону не постоји обавеза да се истина утврди у кривичном поступку. Објашњење је да се погрешно и непотпуно утврђено чињенично стање своди на одступање од истине у два облика: *квалитативно и квантитативно*.⁵⁵⁶ Чињенично стање је погрешно утврђено када је суд неку одлучну чињеницу погрешно утврдио (квалитативно одступање), а непотпуно је утврђено када неку одлучну чињеницу суд није утврдио (квантитативно одступање). Полазећи од таквог схватања, изводи се закључак да је више него „*неспорна контрадикција између непостојања дужности суда да по службеној дужности изводи све доказе потребне за утврђивање потпуног и тачног чињеничног стања (истинито чињенично стање) и законске могућности да се жалба улаже и због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (неистинито или фактички мањкаво чињенично стање)*“.⁵⁵⁷ Зато је потребно ревитализовати начело истине и вратити га у наш кривични поступак.

Узрок за ову унутрашњу законску контрадикцију теоретичари налазе у одредби чл. 15. ст. 4, којом се до крајњих граница лимитира доказна активност суда, која „*трује*“ и све остале одредбе. „Тиме се такође, потпуно девалвира формално постојећа могућност побијања пресуде жалбом због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, јер како странка може нападати чињенично стање, када је с једне стране, у првој линији, баш она одговорана за његово утврђивање, пошто је доказивање примарно у рукама самих странака, док с друге стране, суд уопште и нема дужност, не само утврђивања истине, већ чак ни тежње да се истини макар приближи. Зар се странка може жалити због сопствене доказне неактивности ?“.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ Станко Бејатовић, „Правни лекови у кривичном поступку као инструменти законитости решења кривичне ствари (појам, врсте, стање и искуства у примени)“, у: *Правни лекови у кривичном поступку* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016а), стр. 17.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, стр. 18.

⁵⁵⁸ М. Шкулић, „Главни претрес у новом Законику о кривичном поступку Србије“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 105.

Има и теоретичара који постављају питање смисла иницијативе за преиспитивање резултата сопствене доказне активности. Закључују да је *бесмислено* да странке жалбом побијају судску пресуду због недостатака које су саме скривиле,⁵⁵⁹ те да „непостојање дужности суда да се стара о потпуном расветљању кривичне ствари, тако што би истинито утврђивао одлучне чињенице, *обесмишљава* могућност да се у поступку по жалби испитује постојање чињеничних недостатака”.⁵⁶⁰ Начелно узев, погрешно и непотпуно чињенично стање као основ жалбе *неспојиво* је са страначком одговорношћу за прибављање (и извођење) доказа.⁵⁶¹

Концепцијска критика је сасвим на месту ако се има у виду да се у аутентичним адверзијалним моделима кривичног поступка, као што су енглески и амерички кривични поступак, чињенично стање уопште не може побијати у судским одлукама. Главно обележје *призива* као правног лека у англоамеричком праву је да изазива контролу примене правних прописа, а не исправности чињеничних утврђења пред првостепеним судом.⁵⁶² Нема дакле директног побијања исправности чињеничног утврђења у вердикту пороте, али се прерушавањем чињених у правна питања посредно могу нападати и утврђене чињенице (нпр. истицањем да је погрешно судијино упутство о праву о чињеницама, или да је судија учинио грешку у сабирању доказа на крају главног претреса).⁵⁶³

Поводом критике да побијање пресуде због неисправног чињеничног стања није спојиво са страначким доказним поступком на главном претресу, интересантно је и запажање да установљавање погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања као основа жалбе, може имати и неке позитивне стране. Наиме, „ствари се могу посматрати и са друге стране: постојање овог основа би могло „натерати“ суд да се ипак више активира у доказном поступку и трага за истином, како му пресуде не би падале у жалбеном поступку“,⁵⁶⁴ уз опаску да за ову врсту недостатака пресуде некада нико не мора бити крив.

⁵⁵⁹ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 171.

⁵⁶⁰ И. Илић, „Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 545.

⁵⁶¹ Војислав Ђурђић, „Нови ЗКП РС и контрола оптужбе“, *Ревизија за кривично право и криминологију*, 3 (2014 б), стр. 283.

⁵⁶² Davor Kragac, *Engleski kazneni postupak* (Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu, 1995), str. 158.

⁵⁶³ *Ibidem*, стр. 159.

⁵⁶⁴ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 171.

На крају, независно од концепцијске и теоријске критике, треба приметити да је извршена и једна прихватљива нормативна интервенција у одредбе о погрешно и непотпуно утврђеном чињеничном, која се тиче самог појма овог основа жалбе. Изостављена је досадашња одредница да непотпуно утврђено чињенично стање постоји „и када на то указују нове чињенице или нови докази“, ⁵⁶⁵ што се може оценити као исправно. Ослањајући се на теоријске дефиниције и разлике између непотпуног и погрешног утврђеног чињеничног стања, нове чињенице и нови докази указују да је суд извео погрешан закључак о некој одлучној чињеници, односно да је чињенично стање погрешно утврђено. Кад суд после извођења доказа о некој одлучној чињеници закључи да она не постоји, реч је о погрешно а не непотпуно утврђеном чињеничном стању. Чињенично стање би било непотпуно кад неку одлучну чињеницу суд уопште није утврђивао, а то се види из списка и нису потребни никакви нови докази још мање нове чињенице. Изостављање цитиране синтагме је на трагу оваквог теоријског схватања погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, па се зато оцењује као позитивно.

2.1.2.3. Промена природе појединих основа жалбе

Док су основи жалбе као виши процени појмови остали исти, у мањој или већој мери измењени су конкретни недостаци пресуде који их чине. Бројчано је највише промена у одредбама о битним повредама кривичног поступка. Суштински, све те повреде се састоје у промени природе до сада постојећих правних недостатака пресуде: (а) једну промену чини премештање трајних процесних сметњи за кривично гоњење из повреда кривичног закона у битне повреде одредаба кривичног поступка, (б) друга новина је трансформисање неких апсолутних у релативне повреде кривичног поступка.

(а) Трајне сметње за кривично гоњење које су по ранијем биле повреде кривичног закона, сада су разврстане у битне повреде одредаба кривичног поступка, чиме је измењена њихова правна природа. Ова битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако је „наступила застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помиловања или је ствар већ правноснажно пресуђена, или постоје друге околности које трајно искључују кривично гоњење“ (чл. 438. ст. 1. тач. 1). Питање правне природе трајних сметњи за кривично гоњење изгледа да је било предмет пажње самих писаца закона. У литератури се наводи да иако већина наведених

⁵⁶⁵ Види чл. 370. ст. 2. ЗКП из 2001. године.

сметњи свој основ има у кривичном закону (осим пресуђене ствари) због чега су до сада сматране материјалноправним сметњама, надвладао је „становиште да обзиром на последицу коју проузрокују оне имају преовлађујући процесни карактер, што је и разлог ове измене.“⁵⁶⁶ Насупрот овом гледишту са не баш убедљивом аргументацијом, у кривичнопроцесној теорији доминира схватање да треба разликовати природу правног основа од последица које он производи. Мењајући природу овог основа жалбе, приређивачи закона су занемарили да се „одредбама процесног закона не може мењати кривични закон“.⁵⁶⁷ Застарелост и друге трајне сметње за кривично гоњење (изузев правноснажно пресуђене кривичне ствари) прописане су материјалним кривичним правом, па је из тог разлога боље да недостаци који чине овај основ жалбе буду регулисани као повреде кривичног закона.⁵⁶⁸

Осим што њена природа није правилно одређена, ова повреда закона потпуно је погрешно формулисана. Према језичкој формулацији, као да је у питању норма којом се одређују разлози за доношење пресуде којом се оптужба одбија, а не повреда поступка као разлог за побијање пресуде. Како је формулисана, суд никада не би могао да донесе пресуду којом се оптужба одбија, јер би самим тим начинио битну повреду одредаба кривичног поступка.⁵⁶⁹ Из формулације „битна повреда одредаба кривичног поступка постоји *ако је наступила застарелост* кривичног гоњења ...“, следи логичан закључак да сваки пут кад наступи застарелост па суд по том основу донесе одбијајућу пресуду, тиме чини битну повреду одредаба кривичног поступка. Уместо тога, треба ову битну повреду *формулисати као незаконитост*, „као погрешну примену права или непримену права у случају кад примени права има места“,⁵⁷⁰ као што је та одредба и била формулисана раније важећим процесним закоником.⁵⁷¹

⁵⁶⁶ Невенка Важић, „Редовни правни лекови у новом законик у кривичном поступку“, у: *Нова решења у кривичном проценом законодавству : теоретски и практични аспект* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2011), стр. 97.

⁵⁶⁷ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 503.

⁵⁶⁸ М. Шкулић, „Жалба као редовни правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)“, у: *Правни лекови* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016 б), , str. 124, fus nota 14; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део* (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 191;

⁵⁶⁹ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 502, 503. М. Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије* (Београд: Службани гласник, 2013), стр. 179; Снежана Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 163.

⁵⁷⁰ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 191, фуснота 111.

⁵⁷¹ Одредба је гласила: „Повреда кривичног закона постоји *ако је кривични закон повређен у питању*: ... да ли има околности које искључују кривично гоњење, а нарочито да ли је наступила

б) Новелирањем су недостаци везани за законитост доказа и скоро сви недостаци израђене пресуде, осим једног, разврстани у релативне повреде.

Према раније важећем законуку, незаконити докази на којима се заснива првостепена пресуда били су апсолутна повреда одредаба кривичног поступка.⁵⁷² Сада је њено негативно дејство на правилност пресуде ублажено и разврстана је у релативне повреде. Законска дефиниција ове релативне повреде сада гласи: „ако се пресуда заснива на доказу на коме се по одредбама овог законика не може заснивати, осим ако је, с обзиром на друге доказе, очигледно да би и без тог доказа била донесена иста пресуда“ (чл. 438. ст. 2. тач. 1). Превођење незаконитих доказа у релативне повреде тако да не морају увек да контаминирају пресуду није наишло на опште прихватање. Једни сматрају да „релативизовање ове процесне повреде носи у себи опасност због које је њен значај током развоја кривичнопроцесног законодавства мењан а који се огледа у посредном утицају недозвољених доказа на оцену осталих ваљаних доказа“, али је „досадашња пракса показала да је штета од такве могућности далеко мања од користи коју релативизација ове процесне повреде носи“.⁵⁷³ Насупрот овом гледишту, у кривичнопроцесној теорији се сматра да је овакво нормирање потенцијална опасност за опстајање незаконито изведених доказа, чиме се шаље лоша порука органима вођења поступка да санкција за незаконито изведене доказе може и изостати, што окривљеног сада доводи у инфериорни положај у погледу могућности да успе са изјављеном жалбом, док је за другостепене судове „веома тешко да успоставе јасне критеријуме, путем којих би оценили утицај незаконито изведеног доказа на изречену пресуду“.⁵⁷⁴ Уз ову аргументацију може се додати и питање какав је то правичан поступак који се заснива и на незаконитим доказима. Зато, и теоријски и практично, дејство незаконитих доказа треба схватити као резултанту између утврђивања истине, односно ефикасности поступка, која се у пракси, нажалост, схвата као брзина поступка, и с друге стране, очување загарантованих људских права, чијим кршењем се најчешће прибављају незаконити докази.

застарелост кривичног гоњења или је гоњење искључено услед амнестије или помоловања, или је ствар већ правоснажно пресуђена“ (чл. 369 ст. 1 тач. 1 ЗКП/2001).

⁵⁷² Види чл. 368. ст. 1. тач. 10. ЗКП из 2001. године.

⁵⁷³ Невенка Важић, „Редовни правни лекови у новом законуку о кривичном поступку“, у: Нова решења у кривичном пројекту законодавства : теоретски и практични аспект (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2011), стр. 98.

⁵⁷⁴ И. Илић, „Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка“, у: *Европске интеграције и казни законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), , стр. 547.

Независно од изнете критике, у примени норме којом је дејство незаконитих доказа релативизовано, суд мора испитивати колико је удео и значај других доказа за донету пресуду, која може опстати ако је очито да би иста таква пресуда била донета и без незаконитог доказа. Сматрамо да том приликом суд треба да води рачуна о законским одредбама према којима се пресуде не могу заснивати на незаконитим доказима, као што су одредбе чл. 16. ст. 1 (општа одредба о незаконитим доказима), чл. 95. ст. 4. (о исказу сведока на коме се не може заснивати пресуда) и др., а такође и да ли је незаконит доказ настао кршењем неких основних људских права окривљеног.

Од свих недостатака писмено израђене пресуде, апсолутни недостатак је сада само неразумљива изрека пресуде (чл. 438. ст. 1. тач. 11). „Овим сужењем се није добило на ефикасности кривичног поступка, а не може се наћи ни оправдање да се остали недостаци у изреци или образложењу пресуде различито третирају“.⁵⁷⁵

Поводом преуређења релативних повреда кривичног поступка, још да додамо две констатације. Прво, поштрен је степен утицаја релативних повреда на правилност и законитост пресуде: док је по ранијим прописима било потребно да повреда постоји и да је то „било или је *могло бити од утицаја* на законито и правилно доношење пресуде“,⁵⁷⁶ по садашњим прописима то мора да је „било *од одлучног утицаја* на доношење законите и правилне пресуде“ (чл. 438. ст. 2. тач. 3). Друго, због тога што су различити услови за сваку од релативних повреда да би по закону имала дејство на правилност и законитост пресуде, знатно је отежано дати свеобухватну дефиницију релативних повреда.

Кад се у целини посматрају одредбе о основима жалбе, може се закључити да јавни тужилац има најпотпуније право жалбе јер за њега не важе никаква ограничења постављена за друге титуларе овог права. Он има право да побија пресуду због чињеничних и правних недостатака, по сва четири основа жалбе, и да их појединачно или кумулативно користи. Као и противна странка, јавни тужилац користећи се правом на жалбу долази у нелогичан, противречан положај, да побија чињенично стање за које је као странка и сам одговоран, пошто је суд сада потпуно доказно пасиван. То у пракси неће имати неког утицаја, јер још увек преовладава схватање да се у кривичном поступку утврђује истина и да је за истинито утврђено чињенично стање одговоран суд.

⁵⁷⁵ И. Илић, „Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), , стр. 546.

⁵⁷⁶ Види чл. 368. ст. 2. ЗКП/2001.

Извршене законодавне интервенције у основе жалбе немају неког значајнијег утицаја на положај јавног тужиоца. Преквалификација незаконитих доказа из апсолутних у релативне повреде, реално доводи јавног тужиоца у комотнији положај кад као орган поступка прикупља доказе и предузима доказне радње, али осим смањења тензије обавезног постизања законитости сваког доказа, не треба очекивати да ће се у пракси злоупотребљавати законодавна новина.

2.1.3. Промене у поступку по жалби

2.1.3.1. Поступак пред првостепеним судом по изјављеној жалби

Жалба се упућује другостепеном суду, који о њој мериторно одлучује, а предаје се првостепеном суду који је изрекао пресуду. Жалба се изјављује у писменој форми и предаје у довољном броју примерака. Као и према ранијим прописима, председник судећег већа првостепеног суда испитује формалну исправност жалбе, и тим поводом доноси одговарајуће одлуке. Жалбу која је неблаговремена, недозвољена или неуредна, председник већа одбацује решењем (чл. 443 ст. 1).

Новина је да се поводом изјављене жалбе може поновно отворити главни претрес пред првостепеним судом који је донео побијану пресуду (чл- 443. ст. 2). Испитивање и одлука има ли места поновном отварању главног претреса и допуни доказног поступка, стављени су у надлежност председника судећег већа и већа. Да би се пред истим већем првостепеног суда поново отворио главни претрес, потребно је да се испуне два услова: да су у жалби „изнете чињенице и предложени нови докази“ и да председник већа оцени да они „могу допринети свестраном расправљању предмета доказивања“. Кад оцени да томе по закону има места, председник судећег већа наредбом одређује дан, час и место одржавања главног претреса и наређује да се прибаве докази који су у жалби предложени. После отварања главног претреса спроводи се доказни поступак, након чега председник даје реч странкама да изнесу своје завршне речи. И доказни поступак и завршне речи странака одвијају се по општим правилима која важе за првостепени поступак. Након завршних речи судеће веће се повлачи у нејавну седницу на којој изриче нову првостепену пресуду. Том новом пресудом решава се и судбина пресуде која је побијана жалбом, која се може потврдити или преиначити. И против те нове пресуде може се изјавити жалба по општим правилима која важе за жалбу на пресуду првостепеног суда.

Могућност поновног отварања главног претреса поводом изјављене жалбе на већ донету првостепену пресуду, уведена је по узору на управни поступак.⁵⁷⁷ Могући рацио ове законске новине могао би бити да се другостепени суд растерети тако што би се одређени број претреса, у оправданим случајевима уместо пред другостепеним поново одржао пред првостепеним судом. Мада ова новина може бити у интересу ефикасности поступка, критикује се зато што „чисто теоријски разлози говоре о њеној непринципијелности“.⁵⁷⁸ Најпре, одлучивање првостепеног суда о исправности поднете жалбе „увелико спада у другостепени поступак“, затим, „у самој бити правних лекова је постулат, који извире из принципа правичности, да о жалби одлучује други суд, у значењу другог персоналног састава истог суда, или вишег суда“, док овде имамо супротну „ситуацију да о жалби мериторно одлучује исти персонални састав суда, који је донео првостепену пресуду“.⁵⁷⁹ Поновно отварање главног претреса теоријски је веома проблематично, јер се првостепени суд после проглашења пресуде не може враћати на ту пресуду, нити је мењати, без одлуке вишег суда,⁵⁸⁰ (пресуда је неопозива у датој судској инстанци за разлику од наредбе). И концепцијски је дискутабилно јер „руши архитектонику кривичног поступка враћањем кривичне ствари у неку од претходно завршених фаза, што противречи и самој есенцији појма судског процеса (процес = развој, развитак)“, а осим тога, у сукобу је са кривичнопроцесном правном традицијом.⁵⁸¹ На крају, пошто је и против нове пресуде допуштена жалба, доводи се у питање колико се оваквим једним решењем постиже циљ да се растерети другостепени суд и убрза поступак.⁵⁸² Како није прописано никакво ограничење, првостепени суд може неограничен број пута поново отворити главни претрес у истом предмету, чиме се обесмишљава поступак пред другостепеним судом. Све су то разлози због којих треба укинути могућност поновног отварања главног претреса пред првостепеним судом поводом изјављене жалбе.

⁵⁷⁷ Види члан 165. Закона о управном поступку ("Службени гласник РС", бр. 18/2016, 95/2018).

⁵⁷⁸ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 179.

⁵⁷⁹ И. Илић, „Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), , стр. 547.

⁵⁸⁰ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 504.

⁵⁸¹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 210.

⁵⁸² Станко Бејатовић, „Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, *Архив за правна и друштвена истраживања*, 1-2 (2010б), стр. 20.

Новина не мења нормативно положај јавног тужиоца у поступку по правним лековина, али он треба да је искористи и да навођењем чињеница и релевантних доказа у својој жалби против пресуде са којом није задовољан, и тако евентуално омогући да се поступак убрза.

2.1.3.2. *Поступак по жалби пред другостепеним судом*

Ако поново не отвори главни претрес, допуштено, формално исправно и благовремену жалбу председник судећег већа доставља супротној странци на одговор. Жалбу, заједно са одговором на жалбу, ако га има, и свим списима предмета, првостепени суд доставља другостепеном суду (чл. 444 ст. 2). Када списи поводом жалбе стигну другостепеном суду, достављају се судији известиоцу. С тим у вези има неколико значајних новина.

Најпре, две су измене везане за одређивање судије известиоца. Сада се известилац одређује по принципу „случајног одређивања“, чиме је сужена улога председника већа другостепеног суда, пошто је до сада он одређивао судију известиоца. Судија известилац је председник судећег већа кад се пред другостепеним судом држи претрес, али ту улогу нема кад се одлучује у седници већа. Друго, сада више чланова већа могу бити известиоци у нарочито сложеним предметима, о чему одлучује председник суда (чл. 445. ст. 1.). Пошто то законом није одређено, може се претпоставити да ће одређивање више известилаца иницирати судија који би по принципу случајног одређивања судије, у том предмету требало да буде известилац. Одређивању више известилаца као новом законском решењу, могу се упутити следеће критике. Стављањем у функционалну надлежност председника суда да одређује судије известиоце, противно је правилу да окривљени има „право на случајног судију“. Поред тога, није јасно како ће више известилаца делити предмет, односно списе предмета, кад он представља целину и како ће касније подносити извешај, тј. да ли ће подносити један или више извештаја. Све у свему, „изгледа да је једну до сада једноставно регулисану установу законодавац закомпликовао преко сваке мере и без икакве потребе“.⁵⁸³

Друга новина је везана за ширење улоге судије известиоца, и то у два правца. У надлежност судије известиоца стављено је: а) издвајање списа и б) враћање пресуде првостепеном суду ради исправке.

⁵⁸³ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 505.

а) И по ранијем законуку судија известилац је имао обавезу да испита да ли се у списима предмета налазе записници и обавештења која се по закону морају издвојити, с тим што је, када оцени да је то потребно, упућивао предмет првостепеном суду да о томе донесе одлуку. Сада, уколико се у списима налазе записници и обавештења на којима се не може заснивати судска одлука, судија известилац има обавезу да сам донесе решење о њиховом издвајању из списка (чл. 445. ст. 2). Против тог решења није дозвољена посебна жалба, па самим чином доношења ступа на снагу. По доношењу решења, судија известилац, записнике и обавештења издваја у посебан омот, печати га и доставља судији за претходни поступак.

Очито овом променом функционалне надлежности судије известиоца доминира настојање законодавца да се убрза поступак, али је питање да ли оправдано да се тиме укине право странака на жалбу. Незаконитост неког доказа често је комплексан проблем и често захтева садејство странака да би била са сигурношћу утврђена. То је разлог за постојање процесне могућности да се преиспита одлука донета у првом степену, нарочито кад је у питању незаконитост неког кључног доказа. Осим што је испитивање законитости доказа у две инстанце само по себи већа гаранција да ће пресуда бити законита и правилна, није без значаја ни састав судског органа који одлучује о незаконитости. Док је по ранијим прописима у првом степену одлучивао председник судећег већа о издвајању незаконизих доказа, а по жалби зборни састав суда, тј. ванпретресно веће, сада коначну одлуку доноси судија известилац у првом степену, пошто жалба није допуштена. Управо је раније и било предвиђено враћање списка првостепеном суду да би се у сваком случају обезбедила жалба против решења о издвајању списка,⁵⁸⁴ јер против решења другостепеног суда начелно није дозвољена жалба.

б) Судија известилац сада има обавезу да испитује и исправност писмено израђене пресуде. У случајевима кад утврди да писмено израђена пресуда садржи „очигледне грешке, недостатке или несагласности са изворником“, судија известилац је дужан да пре одржавања седнице другостепеног већа врати списе предмета председнику првостепеног већа да донесе решење о исправци грешака. Реч је о грешкама у препису пресуде (нпр. у именима, бројевима и сл.) или о несагласности између преписа и изворника пресуде. По правноснажности решења о исправци грешака списи се поново достављају другостепеном суду, а за случај да се пресуда исправља

⁵⁸⁴ Види: Т. Васиљевић – М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2002), стр. 702.

због несагласности диспозитива писмено израђене пресуде и њеног изворника, у том случају се решење о исправљању пресуде доставља свим титуларима права на жалбу (чл. 445 ст. 4 и 5). Од дана кад је решење о исправци пресуде достављено овим субјектима, за њих тече нови рок за жалбу.

Чини се да је овакав поступак рационалан, пошто може предупредити укидање пресуде која се побија жалбом због наведених неисправности у писмено израђеној пресуди, који сада како смо напред објаснили, представљају релативне повреде одредаба кривичног поступка. Тиме се отклања могућност изјављивања жалбе по овом основу и укидање пресуде. Фактички се ради о исправљању пресуде по службеној дужности, те може користити обема странкама. То дакле може користити и јавном тужиоцу кад је побијаном пресудом утврђено да је оптужба основана, па се евентуалним одлукама у жалбеном поступку неће одуговлачити поступак.

За положај јавног тужиоца у поступку по жалби на пресуду првостепеног суда значајно је и достављање списка предмета јавном тужиоцу који поступа пред другостепеним судом ради давања мишљења, чије уређење је само незнатно измењено. Кад се ради о кривичним делима за које се гони по захтеву јавног тужиоца, и даље стоји обавеза судије известиоца да достави списе надлежном јавном тужиоцу који је дужан без одлагања, а најкасније у року од 15 дана, односно у року од 30 дана кад се ради о сложеним предметима (чл. 445. ст. 3) да размотри списе, стави свој предлог и списе врати суду. Достављање списка предмета јавном тужиоцу који поступа пред жалбеним судом је инквизиционог а не адверзијалног карактера. Као процесна установа, достављање списка омогућава јавном тужиоцу да изврши контролу поступања нижег јавног тужиоца у конкретном предмету у коме је изјављена жалба и да оцени правилност и законитост пресуде која се жалбом побија, па сагласно томе да учини одговарајуће предлоге: да жалбени суд донесе неку конкретну одлуку или да се одржи претрес пред другостепеним судом. Он може у потпуности или делимично одустати од жалбе нижег јавног тужиоца, али није овлашћен да прошири жалбу навођењем нових основа и разлога жалбе, нити нових чињеница и доказа. Начелно посматрано, ова установа омогућава квалитетније вршење кривичног гоњења, што у крајњем доприноси ефикасности кривичног поступка. Кроз установу достављања списка предмета јавном тужиоцу на мишљење, учвршћен је положај јавног тужиоца као државног органа који се стара о законитости. Стога има смисла предвидети да му се достављају списи и кад поступак тече по оптужници супсидијарног тужиоца, па чак и кад се поступак води по

приватној тужби. Сврха достављања списа на мишљење јавном тужиоцу, односно разлози за то достављање су исти и кад оптужбу заступа јавни тужилац и кад је заступа неки други овлашћени тужилац.⁵⁸⁵

2.1.3.3. Одлучивање у седници већа и на претресу

После припремног поступка, кад судија известилац прими списе предмета од јавног тужиоца створени су услови да започне главни поступак пред другостепеним судом, који се одвија у седници већа или на претресу⁵⁸⁶ пред другостепеним судом, али о томе да ли ће се одржати претрес увек се одлучује у седници већа. Поступак у седници већа детаљно је регулисан, а кад се држи претрес, регулисане су само специфичности, пошто се он одвија поводом жалбе а не на основу оптужнице, а у свему осталом, сходно се примењују одредбе које важе за главни претрес пред првостепеним судом.

Кад се посматрају промене у поступку по жалби у односу на стари процесни законик, може се рећи да су одредбе које се односе на сам ток поступка у највећем обиму задржане, с тим што су језички дотериване али су као правно правило суштински остале исте. Због малог реформског захвата, указаћемо укратко на измењена правила поступка која непосредно не мењају положај јавног тужиоца, а затим објаснити промене које такав утицај имају, и на крају објаснити општи положај јавног тужиоца у току поступка пред другостепеним судом, без обзира да ли се одвија само у форми седнице већа или и на претресу.

У односу на ранији процесни законик интересантне су следеће промене у уређењу самог тока поступка: а) Предвиђено је кумулирање функција известиоца и председника већа кад се држи главни претрес пред другостепеним судом. Кад веће одлучи да одржи претрес, тада је судија известилац председник већа, а за случај да је одређено више известилаца, веће ће одредити једног судију известиоца који ће бити председник већа (446. ст. 4). б) Ограничено је време у коме се странке изјашњавају поводом изјављене жалбе. Председник већа другостепеног суда одређује време у коме

⁵⁸⁵ Упореди: Т. Васиљевић – М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2002), стр. 701.

⁵⁸⁶ За разлику од законодавстава која ограничавају другостепени суд да може само једном укинути пресуду и вратити предмет на поновно суђење пред првостепеним судом, као што је српско, црногорско (чл. 407. ст. 6. ЗКП ЦГ) и македонско законодавство (чл. 437. ст. 4. ЗКП М), хрватско законодавство уопште не предвиђа могућност да другостепени суд о жалби одлучује на претресу (Опширније: Elizabeta Ivičević - Karas, „Sustav pravnih lijekova i reforma hrvatskog kaznenog postupka (osnovne značajke i iskustva u primjeni)“, у: *Pravni lekovi u krivičnom postupku* (Београд: Мисија OEBS-а у Србији, 2016) стр. 75).

странке и бранилац износе наводе жалбе и одговора на жалбу (чл. 448 ст. 1). Мада се кроз страначко изјашњавање реализује начело контрадикторности, овај законодавни захват је прагматичан и рационалан, а сврха му је убрзање поступка. в) Новина је и да се претрес може одржати и без присуства оптуженог. У позиву ће се оптужени упозорити да ће претрес *бити одржан у његовом одсуству*, ако је уредно позван, а свој изостанак не оправда (449. ст. 3). У том случају суд је дужан да оптуженом који нема браниоца поставити браниоца по службеној дужности. г) Предвиђена је и могућност да се по жалби делом одлучује у седници већа а делом на претресу. Веће може одлучити да се претрес одржи само у односу на поједине делове првостепене пресуде, ако се они могу издвојити без штете за правилно пресуђење. У односу на делове пресуде за које није одређен претрес, одлука о жалби доноси се у седници већа (446. ст. 3).

- У поступку пред другостепеним судом јавни тужилац и даље има власт располагања оптужбом, с тим што је сада предвиђено једно ограничење. Било који овлашћени тужилац, па самим тим и јавни тужилац може, с обзиром на резултат претреса, изменити оптужницу у корист оптуженог или, *ако се оптужени сагласи*, у целини или делимично одустати од оптужбе (450. ст. 5). Међутим, не види се јасно рачио увођења сагласности окривљеног да јавни тужилац одустане од оптужбе. До почетка главног претреса пред другостепеним судом, није му потребна никаква сагласност да одустане од оптужбе (чл. 361), а одмах чим започен главни претрес не може одустати у целини или делимично од оптужбе док не добије сагласност окривљеног. Једини разлог увођења сагласности окривљеног могла би бити идеја законодавца да окривљеном треба створити могућност да издејствује ослобађајућу пресуду а не процесну пресуду, тј пресуду којом се оптужба одбија.⁵⁸⁷ Са становишта јавног тужиоца, разлози за одустанка су исти и пре и после почетка главног претреса, а условљавање одустанка претходном сагласношћу, правно и фактички је средство којим окривљени може присилити јавног тужиоца да остане при оптужби чак и онда кад он то не жели, тј. и у случајевима кад оцени да оптужби нема места. До почетка главног претреса пред другостепеним судом окривљени то право нема - осумњичени, односно окривљени није овлашћен да захтева покретање истраге против себе, односно да захтева подизање и заступање оптужбе у судском кривичном поступку. Мада интерес окривљеног да се донесе ослобађајућа пресуда треба респектовати, ипак се поставља

⁵⁸⁷ Види: Јасмина Кијурски, „Жалба јавног тужиоца и казнена политика“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет* (Бања Лука: Министарство Правде Републике Српске, 2014), стр. 143.

питање да ли је то довољан разлог и да ли је увођење овог услова оправдано. Према начелу оптужбе, власт над оптужбом има тужилац, па и овлашћење располагања оптужбом, због чега се условљавање одустанка од оптужбе претходном сагласношћу окривљеног јавља као изнуђивање оптужбе, што се коси са наведеним основним начелом кривичног поступка. Осим тога, недавањем сагласности да тужилац одустане од оптужбе, трајање претреса па тиме и читавог поступка се одуговлачи.

Кад се посматра сам ток поступка пред другостепеним судом, може се запазити да законодавац, начелно узев, третира јавног тужиоца као странку. Међутим, има и неких процесних правила која показују да се суд односи према јавном тужиоцу као према државном органу. Типична су два правила, једно о достављању списка предмета на мишљење јавном тужиоцу пре него уопште започне седница већа другостепеног суда (чл. 445. ст.3), које смо напред већ објаснили, а друго, о обавештавању јавног тужиоца, које ћемо на овом месту објаснити.

О седници већа обавезно се обавештава надлежни јавни тужилац кад је првостепени поступак вођен по захтеву тог овлашћеног тужиоца, а остали субјекти, на основу сопственог захтева или по нахођењу суда (чл. 447 ст. 1-3). О седници већа обавештава се онај оптужени или његов бранилац, супсидијарни тужилац, приватни тужилац или њихов пуномоћник, који је у року предвиђеном за жалбу или одговору на жалбу, захтевао да буде обавештен о седници или је предложио одржавање претреса пред другостепеним судом. Поред тога, веће може одлучити да се о седници већа обавесте странке и када то нису захтевале или да се о седници обавести и странка која то није захтевала, ако би њихово присуство било корисно за разјашњење ствари (чл. 447 ст. 1. и 2).

Оба ова правила о обавештавању преузета су из ранијег проценог законика, којим су она уклопљена у тип кривичног поступка. У том, мешовитом типу кривичног поступка суд и други државни органи били су дужни да утврђују истину о кривичном догађају и да се старају о законитости. Из тих разлога, достављање списка предмета јавном тужиоцу на мишљење и обавеза суда да га обавести о седници другостепеног већа, били су у хармонији са принципима на којима био уређен кривични поступак и са његовом сврхом. Сада је отворено питање у којој мери је то „уклопиво у нову расправну концепцију кривичног поступка“.⁵⁸⁸ На главном претресу пред првостепеним судом, јавни тужилац је класична странка, а одмах затим, чим неко изјави жалбу против

⁵⁸⁸ Г. П. Илић и др., *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2013), стр. 967.

првостепене пресуде, он остаје странка али има положај и државног органа који се стара о законитости (претпоставља се и истинитости) решавања кривичне ствари. Недоследношћу законодавца руши се архитектура адверзијалног модела кривичног поступка – прокламује адверзијални модел кривичног поступка, а задржава правила сасвим супротне природе и сврхе. Зато ова правила треба изоставити ако се жели изградити чист адверзијални модел, или их задржати уколико се у будућој реформи српски законодавац врати кривичнопроцесној правној традицији.

2.1.4. Границе испитивања побијане пресуде

Са увођењем адверзијалног кривичног поступка, установљено је правило да суд правног лека испитује нападнуту пресуду у границама жалбених навода. Правило је у законском тексту формулисано на следећи начин: „Другостепени суд испитује пресуду у оквиру основа, дела и правца побијања који су истакнути у жалби“ (чл. 451. ст. 1). Правило међутим није апсолутно, већ су установљена и извесна одступања у оба правца – у правцу проширења и у правцу сужења граница испитивања побијане пресуде. Проширење је предвиђено у следећим случајевима: (а) испитивање одређених недостатака пресуде *по службеној дужности* – чл. 451. ст. 2; (б) проширење испитивања жалбених основа и на саоптужене због важења установе *beneficium cohaesionis* – чл. 454; и в) испитивање пресуде *противно правцу побијања* (чл. 451. ст. 3). Сужење граница предвиђено је у два случаја: а) због закаснелог изношења битне повреде одредаба кривичног поступка – чл. 452; и б) због забране *reformatio in peius* (чл. 453).

Суштински најважније измене извршене су у погледу обима испитивања побијане пресуде по службеној дужности и везано за испитивање одлуке о кривичној санкцији изван правца побијања. Осим што су суштинске и радикалне, ове промене значајно утичу и на промену положаја јавног тужиоца у односу на раније законско решење, те ће оне у даљем излагању бити предмет анализе.

2.1.4.1. Радикално сужење обима повреда закона које суд испитује по службеној дужности

У важећем законнику радикално је смањен број повреда које суд испитује по службеној дужности. Другостепени суд по службеној дужности више не испитује ниједну битну повреду одредаба кривичног поступка, а раније је испитивао седам од могућих једанаест, нити испитује повреду кривичног закона на штету оптуженог.

Остало је да по службеној дужности испитује само одлуку о кривичној санкцији кад је жалба изјављена у корист окривљеног. Према важећем процесном закону, другостепени суд поводом жалбе изјављене у корист оптуженог, испитаће по службеној дужности одлуку о кривичној санкцији: 1) ако је жалба изјављена због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања или због повреде кривичног закона; 2) ако жалба не садржи елементе прописане законом (чл. 451. ст. 2).

Свођењем основа жалбе које другостепени суд испитује по службеној дужности само на испитивање законитости и правилности одлуке о кривичној санкцији, „старање о законитости судских одлука у поступку по жалби пребачено је искључиво на странке“, па је по законској заповести „суд принуђен да потврђује незаконите судске одлуке и кад је очигледно да је њима повређен закон,“ уколико ниједна странка у жалби не истакне ту повреду закона, чак и у случају кад повреда закона иде на штету окривљеног.⁵⁸⁹ Због последица које може изазвати њена примена, већа на самом почетку примене новог законика оваква законска регулатива довела је до различитих тумачења у одлукама апелационих судова, Врховног касационог и Уставног суда. И на теоријском плану изазвала је различита тумачења и предлоге за њену доградњу. То су све разлози због којих ћемо у даљем излагању испитивање основа по службеној дужности објаснити у три дела: а) тумачење судских одлука о повредама закона који се испитују по службеној дужности, б) теоријске критике сужења граница испитивања по службеној дужности и в) приказ упоредноправних решења.

а) Пошто се више ниједна повреда ни процесног ни кривичног права, осим оне везане за одлуку о кривичној санкцији, не испитује по службеној дужности у поступку по жалби, у пракси је настао проблем кад су другостепени судови утврдили да је у конкретним предметима наступила нека околност која трајно искључује кривично гоњење, а ниједна странка није се позвала на тај жалбени основ. У једном случају апелациони суд је потврдио првостепену пресуду иако је та кривична ствар раније већ била правноснажно пресуђена.⁵⁹⁰ Уставни суд је у том предмету, поступајући по уставној жалби, најпре констатовао да се жалиоци нису благовремено позвали на повреду начела *ne bis in idem* већ у поднеску након изјављених жалби, па стога Апелациони суд по овом основу није ни могао да размотри наводе из поднеска.

⁵⁸⁹ Војислав Ђурђић, „Контрола оптужбе - систем контроле оптужбе и одлуке“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2014а), стр. 86.

⁵⁹⁰ Види пресуду Апелационог суда у Нишу Кж1 3318/13, од 04. новембра 2013.

Међутим, „Уставни суд наглашава да повреда наведеног начела, сагласно одредби члана 438. став 1. тачка 1. Законика о кривичном поступку *представља апсолутно битну повреду* одредаба кривичног поступка, те да је Апелациони суд у Нишу ову околност *морао да узме у обзир*“. С обзиром на све напред изложено, Уставни суд је *утврдио* да је подносиоцу уставне жалбе *повређено право на правну сигурност у казненом праву*, зајемчено одредбом члана 34. став 4. Устава Републике Србије, па је уставну жалбу усвојио.⁵⁹¹ Поред ова два дијаметрално супротна гледишта, поводом других трајних сметњи за кривично гоњење на које се жалиоци нису позвали, у пракси је настало и треће гледиште по коме испитивање повреда закона по службеној дужности зависи од тренутка када је ова процесна сметња наступила. Тако, у односу на застарелост кривичног гоњења као околности која искључује кривично гоњење, Врховни касациони суд је дао тумачење да се у жалбеном поступку питање застарелости кривичног гоњења може испитивати по службеној дужности само уколико је до ње дошло у периоду након истека рока за жалбу до доношења другостепене одлуке, а на основу овлашћења из одредбе члана 451. став 2. или 3. ЗКП у зависности од тога ко је уложио жалбу.⁵⁹² Овакво тумачење Врховни касациони суд даје и у погледу декриминализације кривичног дела, као и кад застарелост наступи зато што се променио закон па треба применити блажи закон. Испитивање по службеној дужности процесних сметњи за кривично гоњење Врховни касациони суд везује за време после истека рока за жалбу и за законитост одлуке о кривичној санкцији (чл. 451).

Из презентираних тумачења Уставног суда и Врховног касационог суда очито је да заступају став да постоје повреде закона које суд мора узети у обзир по службеној дужности ако се на њих не позове жалилац, без обзира што њихово испитивање није предвиђено процесним закоником. Разлика је утолико што Врховни касациони суд сматра да трајна сметња за гоњење треба да настане после истека рока за жалбу да би је суд узео у обзир по службеној дужности. Ово схватање је неприхватљиво, јер право државе на кажњавање није условљено роком за жалбу, него се гаси у тренутку кад настане трајна сметња за кривично гоњење. Не могу се процесним нормама мењати уставне гаранције правне сигурности ни начело законитости кривичног права. Друга разлика је формалне природе: док Уставни суд не указује на коју одредбу Законика о

⁵⁹¹ Види одлуку Уставног суда Уж 9529/2013 донет на седници већа одржаној 20. октобра 2016. године.

⁵⁹² Одговор на постављено питање које је Врховни касациони суд дао на седници кривичног одељења одржаној 2. и 4. децембра 2013. године.

кривичном поступку другостепени суд треба да се позове кад испитује повреде закона по службеној дужности, што имплицира да треба непосредно применити уставну одредбу о правној сигурности, Врховни касациони суд упућује да се треба позвати на одредбу о испитивању по службеној дужности одлуке о кривичној санкцији. На крају да закључимо, сви ови напори судова у ствари су критика и доказ потпуно погрешне концепције законодавца о границама испитивања побијане пресуде у поступку по жалби, на шта указује кривичнопроцесна теорија.

б) Са теоријског становишта, јавни интерес захтева да не остане на снази судска одлука која почива на погрешним претпоставкама, тј. неправилна и незаконита судска одлука, али се у акузаторском поступку сматра да је јавни интерес довољно заштићен тиме што јавни тужилац има права странке па и право изјавити правни лек.⁵⁹³ То је теоријско оправдање зашто судови не испитују првостепену пресуду по службеној дужности, већ само поводом изјављене жалбе. Међутим, кад странке изјаве жалбу, испитивање правилности и законитости побијане пресуде добија сасвим другу димензију. Неспорно је да суд испитује побијану пресуду у границама навода из изјављене жалбе, али се теоретичари разилазе у погледу повреда закона које суд испитује по службеној дужности.

Према једном мишљењу, сужење опсега испитивања жалбе по службеној дужности у српском кривичном поступку је оправдано јер доприноси ефикасности поступка. Међутим, неке од битних повреда одредаба кривичног поступка спадају у материју о којој се иначе, током првостепеног поступка суд води рачуна по службеној дужности, па је стога „боље средње решење, по коме би суд *ex officio* испитивао прописани састав судећег већа, стварну надлежност и повреду оптужног начела“, док „остале битне повреде одредаба кривичног поступка треба препустити иницијативи странака (и другим овлашћеним лицима), да се на њих позову у жалби.“⁵⁹⁴

Према другом мишењу, суд и по важећем законикау треба да испитује оне повреде закона којима се задире у уставну гаранцију правне сигурности и начела *ne bis in idem*, и то непосредном применом уставних норми. То су уједно разлози због којих би процесни законик требало допунити, али за разлику од претходног гледишта, тако

⁵⁹³ М. Чубински, Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије (Београд: Издавачка књижарница Геце Кона, 1933), стр. 544.

⁵⁹⁴ И. Илић, „Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), , стр. 546.

што би се прописало да се по службеној дужности испитују све околности које трајно спречавају кривично гоњење.⁵⁹⁵

У кривичнопроцесној литератури се још констатује да је сужење граница испитивања побијане пресуде образложено новом позицијом суда који више нема доказну иницијативу. Зато је и „терет одговорности за правилност и законитост првостепене пресуде у знатној мери пребачен на странке“. Међутим, треба имати у виду, што је законодавац пропустио, да се „у поступку правних лекова не ради о утврђивању чињеница, већ о контроли изречених пресуда, а тај посао припада искључиво вишем суду, а не странкама“.⁵⁹⁶

в) За сагледавање граница испитивања побијане пресуде од стране другостепеног суда корисно је упознати упоредноправна решења. Неспорно је да другостепени суд испитује побијану пресуду у границама правног лека, па се проблем практично своди на питање да ли и у ком обиму суд испитује правне недостатке пресуде по службеној дужности. Обим испитивања повреда закона по службеној дужности различит је од законодавства до законодавства, зависно од система правних лекова и типа кривичног поступка.

У аустријском кривичном поступку другостепени суд има обавезу да по службеној испитује неке повреде кривичног закона, ако су на штету окривљеног. У одредбама процесног закона којима се уређују границе испитивања побијане пресуде, упућује се другостепени суд да по службеној дужности испита: да ли је суд био прописно састављен; да ли радња оптуженог представља кривично дело; да ли постоје околности које искључују кажњивост кривичног дела или искључују кривично гоњење; да ли је оптужбом прекршен или погрешно примењен закон; да ли је дело на које се одлука односи подвргнуто кривичном праву због погрешног тумачења закона; ако поступак треба да се обустави по § 199; да ли је апелациони суд прекорачио своју надлежност или очигледно погрешно оценио чињенице одлучујуће за изрицање казне или је прекршио правила о кажњавању.⁵⁹⁷

У италијанском кривичном поступку, поводом изјављеног правног лека могуће је испитивање недостатака пресуде по службеној дужности. У поступку по призиву,

⁵⁹⁵ Омер Хациомеровић, „Границе испитивања ожалбене пресуде у кривичном поступку у Србији“, у: *Правни лекови у кривичном поступку* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016), стр.197.

⁵⁹⁶ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 506.

⁵⁹⁷ Види одредбе § 290 Abs 1 која упућује на § 281 Abs. 1 Z 9 bis 11 öStPO (доступан на адреси <https://www.jusline.at/gesetz/stpo>, 25. 12. 2018).

важи правило да је испитивање призивног суда ограничено на делове и тачке пресуде на које се односе разлози призива (чл. 597. ст. 1. СРР). Изузетак од тога су правила о којима суд мора одлучити по службеној дужности (недостатак судбености, стварне надлежности, опште ништавости, недопуштеност, неупотребљивост, разлози искључења кажњивости из чл. 129,⁵⁹⁸ *ne bis in idem*).⁵⁹⁹ Исто тако, и у поступку по касационој жалби, „Касационо судиште“ одлучује по службеној дужности о питањима на која пази у сваком стадијуму и степену поступка те о онима које не би било могуће утврдити на степену призива (чл. 609. ст. 2. СРР).

И законодавства ексјугословенских држава такође познају испитивање недостатака пресуде по службеној дужности. У основи њихових законских решења су одредбе југословенског законика о кривичном поступку из 1977, које ћемо навести ради лакшег разумевања важеће регулативе у овим правним системима. Према тим одредбама, „другостепени суд испитује пресуду у оном делу у којем се побија жалбом, али мора увек по службеној дужности испитати“: 1) да ли је суд био непрописно састављен; да ли је суд повредио прописе кривичног поступка по питању да ли постоји оптужба овлашћеног тужиоца или предлог оштећеног односно одобрење надлежног органа; да ли је пресуду донео суд који због стварне ненадлежности није могао судити у тој ствари или ако је суд неправилно одбио оптужбу због стварне ненадлежности; да ли је оптужба прекорачена; да ли је пресудом повређена забрана *reformatio in peius*; да ли је изрека пресуде неразумљива или садржи друге законом прописане недостатке као битну повреду одредаба кривичног поступка; 2) да ли је на штету оптуженог повређен кривични закон.⁶⁰⁰ Исте ове недостатке испитује другостепени суд и ако је жалба изјављена у корист оптуженог а нема прописани садржај.

Овако одређене границе испитивања побијане пресуде по службеној дужности, преузело је садашње македонско⁶⁰¹ и хрватско⁶⁰² кривичнопроцесно законодавство, скоро у истоветном тексту. Црногорско законодавство најшире одређује повреде закона које другостепени суд испитује по службеној дужности, предвиђајући да испитује све

⁵⁹⁸ Члан 129 СРР гласи: „У сваком стадијуму и степену поступка, судија који је увидео да кривично дело не постоји или га оптужени није учинио или да радња не представља кривично дело или није предвиђена као кривично дело, односно да је угашено или да недостају процесне претпоставке, то по службеној дужности проглашава пресудом“. (Codice di Procedura Penale – СРР, доступан на адреси: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/22/Ireland/show>, 25. 12. 2018).

⁵⁹⁹ Paolo Sfrappini, „Knjiga deveta - Pravni lijekovi“, u: *Talijanski kazneni postupak*, ur. Berislav Pavišić (Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, 2002), str. 252.

⁶⁰⁰ Члан 353. ЗКП СФРЈ („Сл. лист СФРЈ“ бр. 28/86, 57/89, и 3/90).

⁶⁰¹ Види чл. 427. ст. 1. и 2. ЗКП Македоније.

⁶⁰² Види чл. 476. ст. 1. и 2. ЗКП Хрватске.

битне повреде одредаба кривичног поступка због којих се иначе може побијати пресуда и да ли је на штету оптуженог повређен кривични закон, те да те две групе повреда испитује и кад је у корист оптуженог поднета непотпуна жалба.⁶⁰³ Насупрот црногорском, босанскохерцеговачка кривичнопроцесна законодавства прописују да другостепени суд изван жалбених навода по службеној дужности испитује само да ли је на штету окривљеног повређен кривични закон.⁶⁰⁴

Због разумевања односа између уређења граница испитивања побијане пресуде и типа кривичног поступка, треба констатовати да су законодавци свих ексјугословенских држава извршили су реформу свог кривичног поступка и у мањој или већој мери извршили адверзијализацију свог поступка, а македноски законодавац је извршио тоталну реформу и увео чист адверзијални кривични поступак.

Из овог упоредног приказа не можемо закључити да законодавства која су устројила адверзијални кривични поступак не предвиђају испитивање повреда закона по службеној дужности. Напротив, реформисани италијански и македонски кривични поступак су уређени као класични адверзијални поступци али у мањој или већој мери проширују границе испитивања побијане пресуде изван жалбених навода и омогућавају испитивање по службеној дужности одређених повреда закона. Зато су упоредноправна решења аргумент да увођење адверзијалног типа кривичног поступка не искључује установу испитивања повреда закона по службеној дужности у поступку по жалби.

2.1.4.2. Испитивање одлуке о кривичној санкцији противно правцу побијања

Поред проширења граница испитивања побијане пресуде на одлуку о кривичној санкцији, има још једно проширење обима испитивања пресуде изван правца побијања: „Другостепени суд може поводом жалбе тужиоца на штету окривљеног преиначити првостепену пресуду и у корист оптуженог у погледу одлуке о кривичној санкцији.“ (чл. 451. ст. 3).⁶⁰⁵ Тиме је фактички „знатно сужен разлог који је у ранијој пракси био један од најчешћих основа за укидање пресуде“.⁶⁰⁶ У ствари, ова новина могла би да предупреди непотребно изјављивање жалбе због одлуке о казни од стране јавног тужиоца, и кад за то нема разлога. У том смислу се у правосудној пракси и оцењује ова

⁶⁰³ Види чл. 398. ЗКП Црне Горе.

⁶⁰⁴ Види чл. 320. ЗКП Републике Српске.

⁶⁰⁵ Истоветно решење предвиђено је у хрватском процесном законнику, које је изгледа и било узор нашем законодавцу (види чл. 476. ст. 3. ЗКП Хрватске).

⁶⁰⁶ С. Бејатовић, „Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, *Архив за правна и друштвена истраживања*, 1-2 (2010б), , стр. 20.

законска новина: „када је у питању одлука о кривичној санкцији, могућност да поводом жалбе на штету оптуженог, она буде измењена у његову корист имаће утицаја на смањење понекад потпуно нереалних жалби тужилаца у чију успешност ни сами жалиоци не верују али их изјављују по "инерцији" или вођени логиком да изречена санкција никада није довољна.“⁶⁰⁷

Уопштено посматрано, проширење граница испитивања од стране другостепеног суда изван правца побијања важи без обзира који је од овлашћених тужилаца поднео жалбу на штету окривљеног, што мења њихов процесни положај, па тиме и положај јавног тужиоца. И ово, као уосталом и сва проширења изван жалбених навода, установљено је у корист окривљеног, али се чини да то није основни циљ ове законске новине, већ да је примарни циљ да дисциплинује тужиоце и тиме предупреду непотребна изјављивања жалбе због одлуке о казни, а то у крајњој линији доприноси краћем трајању и ефикасности кривичног поступка.

2.1.4.3. Промене у положају јавног тужиоца изазване сужењем граница испитивања по службеној дужности

На нормативној равни, односно кад се формално посматра промена у положају јавног тужиоца изазвана новом концепцијом граница испитивања побијане пресуде, може се констатовати да нема нових овлашћења ни дужности. Настале промене су суштинске природе, а одражавају се на садржину улоге јавног тужиоца у очувању законитости у поступку по жалби. До сада су суд и јавни тужилац имали заједничку улогу у погледу очувања законитости решавања кривичних ствари у поступку по жалби. Уопштено посматрано, два су се државна органа старала о законитости примене кривичне репресије, јавни тужилац и суд. Јавни тужилац је својом жалбом штитио законитост указивањем другостепеном суду на погрешну примену или непримену закона у првостепеној пресуди. Самим изјављивањем жалбе ту одговорност преваљивао је и на другостепени суд, у домену повреда закона које жалбени суд испитује по службеној дужности, а које су довољно широко биле постављене. То се нарочито односи на правилну примену кривичног закона, јер је другостепени суд имао обавезу да отклони све незаконитости првостепене пресуде учињене на штету

⁶⁰⁷ Н. Важић, „Редовни правни лекови у новом закону о кривичном поступку“, у: Нова решења у кривичном проценом законодавству : теоретски и практични аспект (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2011), стр. 105.

окривљеног. Због тога је јавни тужилац фактички сносио већу одговорност за повреде закона које би биле на штету оптужбе, а суд за повреде кривичног закона учињене на штету оптуженог.

Самим тим што нови процесни законик своди испитивање незаконитости побијане пресуде само на повреде закона наведене у жалби, концепцијски је одговорност за законитост пресуда у кривичним стварима у потпуности преваљена на кривичнопроцесне странке. У томе је и садржана суштинска промена улоге јавног тужиоца, сада је од државних органа он једини у могућности да штити законитост кривичне пресуде у поступку по жалби. То значи да се установљена активна улога јавног тужиоца на главном претресу у првостепеном поступку сада распростире и на другостепени поступак. Без активне улоге јавног тужиоца сада није могуће отклонити било коју незаконитост првостепене пресуде, не само оне које иду на штету оптужбе, него и оне које су на штету окривљеног.

Поред реченог, промене граница испитивања побијане пресуде изван правца побијања жалбом, од јавног тужиоца изискују да квалитетно припрема жалбу и да је не изјављује про форме, најчешће тражећи поштравање изречене казне. Већ самим изјављивањем жалбе на штету окривљеног јавни тужилац омогућава другостепеном суду блаже кажњавање окривљеног. Треба очекивати да ће променом схватања о сопственој улози у другостепеном поступку јавни тужиоци пажљиво проучавати првостепене пресуде и изјављивати жалбу само кад је оправдано захтевати исправљање првостепене пресуде и доношење правилне и законите одлуке.

2.1.5. Одлуке по жалби

Законик о кривичном поступку из 2011. године преузео је у потпуности одредбе о одлукама по жалби из ранијег процесног законика. Једина измена је релативизовање правила да суд правног лека о свим жалбама одлучује једном одлуком. И сада о свим изјављеним жалбама другостепени суд одлучује једном одлуком – али „*по правилу*“ (чл. 455. ст. 3). То значи да је омогућено и одступање од овог процесног правила, што је проблематично, „јер накнадно одлучивање по некој жалби пада у време када је пресуда већ постала правноснажна“.⁶⁰⁸

⁶⁰⁸ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 505.

У новом закону ни нема ни преузетих одредби које би због измењеног модела кривичног поступка и адверзализације главног претреса, иако неизмењене, имале другачије дејство на положај јавног тужиоца у поступку по жалби. Управо зато што нема законских промена ни другачијег дејства неизмењених одредби, одлуке по жалби нису детаљно анализиране, јер би тиме излагање изашло изван постављене теме дисертације.

2.2. ЖАЛБА НА ПРЕСУДУ ДРУГОСТЕПЕНОГ СУДА

Жалба на пресуду првостепеног суда је други редовни правни лек, чија је допуштеност сада сведена само на један случај. „Жалба се може изјавити само против пресуде којом је другостепени суд преиначио првостепену пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао пресуду којом се оптужени оглашава кривим“ (чл. 463). Краће речено, жалба је допуштена кад другостепени суд ослобађајућу пресуду преиначи у осуђујућу.

Исти разлози за допуштање трећестепеног одлучивања такође важе у ситуацијама кад другостепени суд утврди другачије чињенично стање и окривљеног осуди за теже дело и изрекне строжу санкцију или већу меру исте санкције. Кад је реч о утврђивању другачијег чињеничног стања, јавни интерес је да се преиспита другостепена пресуда ако је на основу новоутврђеног чињеничног стања пред другостепеним судом дело блаже квалификовано и изречена блажа кривична санкција. У свим таквим ситуацијама чињенично стање је први пут утврђено, па има смисла дозволити да по жалби буде преиспитано. Међутим, наш законодавац више не допушта жалбу на пресуду другостепеног суда кад је на основу одржаног претреса утврдио другачије чињенично стање и на њему засновао пресуду. То није логично, јер се ту ради о сасвим новој или макар битно новој судској одлуци, па би прописивање могућности за изјављивање жалбе којом би се иницирао трећи степен „свакако имало пуно оправдање“.⁶⁰⁹ Још мање је логично да се не може уложити жалба суду трећег степена, ако је другостепени суд после првог укидања пресуде морао да одржи претрес.

Оправдано је залагање да се дозволи жалба трећестепеном суду кад је у другом степеноу изречена најстрожа, односно „капитална“ казна. Разлози елементарне

⁶⁰⁹ Милан Шкулић, „Жалба као редовни правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)“, у: *Правни лекови* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016 б), стр.141.

правичности и хуманости налажу да се додатно испита изречена најстрожа казна предвиђена у нашем систему кривичних санкција.⁶¹⁰

Поводом решавања кривичних ствари у трећем степену, има залагања да се сагледа законско решење стварне (и функционалне) надлежности. Због уједначавање судске праксе која се сада тешко остварује између апелационих судова, постоје размишљања да у трећем степену треба да одлучује Врховни касациони суд по жалбама на другостепене спресуде апелационих судова.⁶¹¹

Рестрикцијом случајева када је жалба на пресуду другостепеног суда допуштена, фактички је могућност изјављивања овог правног лека везана за (јавног) тужиоца. Наиме, процесна ситуација у којој је дозвољено изјављивање овог правног лека може настати само ако је претходно тужилац побијао ослобађајућу пресуду, па је суд поводом те пресуде донео осуђујућу пресуду. Окривљени нема правног интереса да побија ослобађајућу пресуду, а и да има неки фактички интерес, не би се поводом његове жалбе могла донети осуђујућа пресуда због важења забране *reformatio in peius*. Из тих разлога може се закључити да за кривична дела која се гоне по службеној дужности, само јавни тужилац може створити претпоставке за побијање другостепене пресуде. Међутим, уколико би били уважени предлози за проширење случајева у којима је допуштена жалба на пресуду другостепеног суда, како смо напред објаснили, онда могућности за изјављивање ове жалбе не би биле везане само за жалбену активност јавног тужиоца после првостепене пресуде. Међутим, допуштање жалбе трећестепеном суду у случајевима кад је другостепени суд утврдио другачије чињенично стање на основу одржаног претреса и кад је изречена капитална казна, омогућило би јавном тужиоцу да изјављивањем жалбе осигура ефикасност кривичног гоњења, а у крајњој линији да допринесе изрицању правилне и законите пресуде. То разуме се од јавног тужиоца захтева додатно активирање јавног тужиоца, а пред највишом судском инстанцом изазвало би учешће и јавног тужиоца највишег ранга.

⁶¹⁰ Милан Шкулић, „Жалба као редовни правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)“, у: *Правни лекови* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016 б), стр. 145.

⁶¹¹ С. Бејатовић, „Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, Архив за правна и друштвена истраживања, 1-2 (2010б), стр. 22; М. Шкулић, „Жалба као редовни правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)“, у: *Правни лекови* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016 б), , стр. 145.

3. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПО ВАНРЕДНИМ ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА

3.1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О ПРОМЕНАМА ВАНРЕДНИХ ПРАВНИХ ЛЕКОВА

Законодавац је унео прилично новина у одредбе о ванредним правним лековима, па је наизглед промењен и њихов број. Међутим, суштински је задржао исте ванредне правне лекове који су и раније постојали, само што их је спојио, захтеву за заштиту законитости придодат је ранији захтев за испитивање правноснажне пресуде (чл. 473. ст. 6), а захтеву за понављање кривичног поступка, придодат је захтев за ванредно ублажавање казне (чл. 485. ст. 4). На тај начин, у важећем процесном законикау номинално постоје не четири, већ два ванредна правна лека – захтев за понављање кривичног поступка и захтев за заштиту законитости. И суштински а не само правнотехнички, промене заслужују посебну пажњу пошто задиру у есенцију сваког од ових ванредних правних лекова.

Осим инкорпорисања одредби о ванредном ублажавању казне, одредбе о захтеву за понављање кривичног поступка допуњене су новим основима за његово изјављивање, који указују да законодавац није имао јасну представу о типичним одликама овог ванредног правног лека. Мада немају непосредни утицај на промене у процесном положају јавног тужиоца, укратко ћемо их размотрити са концепцијског становишта, пошто ове несигурне легислативне захвате није лако теоријски оправдати.

Поред спајања са досадашњи ванредним правним леком окривљеног, захтев за заштиту законитости претрпео је значајне суштинске промене које задиру у саму срж његовог постојања. Оне мењају концепцију и сврху овог ванредног правног лека, што се непосредно одражава на улогу коју јавни тужилац остварује његовим изјављивањем.

3.2. ЗАХТЕВ ЗА ПОНАВЉАЊЕ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Досадашње понављање кривичног поступка преименовано је у захтев за понављање кривичног поступка. Као што је већ рачено, у понављање поступка инкорпорисано је и ванредно ублажавање казне, а укинута су неки посебни случајеви понављања кривичног поступка и пребачени у посебну главу законика о преиначењу правноснажне пресуде, а неки преквалификовани у разлоге за подизање захтева за заштиту законитости. И даље је понављање поступка дозвољено само у корист окривљеног, с тим што сада постоје само две врсте понављања, право понављање и посебан случај понављања кад је лицу суђено у одсуству.

3.2.1. Право понављање поступка

Поступак за право понављање остао је исти, и даље се одвија у две фазе, тако да се у правој води поступак и доноси одлука о дозволи понављања, док се у другој врши понављање самог поступка, кад се у првој фази донесе позитивна одлука поводом поднетог захтева.

И субјекти правног лека остали су исти, захтев за понављање могу поднети окривљени и бранилац, као и јавни тужилац, разуме се у корист окривљеног. Одмах треба приметити да јавни тужилац није третиран као кривичнопроцесна странка већ као државни орган. Остали овлашћени тужиоци, тј. супсидијарни и приватни тужилац, немају право да траже понављање поступка јер за то немају правни интерес. Јавни тужилац подиже кривичну тужбу у јавном интересу, па је заступник јавног интереса и у поступку по правним лековима. Он је као државни орган по Уставу и Закону о јавном тужилаштву државни орган који се стара о законитости. Стога се поставља питање зашто му је дато да буде титулар овог правног лека, кад се њиме побија чињенично стање у правноснажној пресуди, а не повреда закона. Једини разлог би могао бити да се јавни тужилац стара о законитости и истинитости пресуђења кривичне ствари, јер да би судска одлука била законита, чињенично стање у њој мора бити истинито утврђено. Дакле, иако је начело истине укинута новима законом, имплицитно је установљено да је функција јавног тужиоца да захтева утврђивање истине, на којој треба да је утемељена правноснажна кривична пресуда.

Одлучивање о дозволи понављања такође је уређено као по ранији прописима, са незнатним изменама, у погледу фазе у коју се поступак може вратити и формулације диспозиције одлуке којом се после поновљеног поступка решава судбина раније правноснажне судске одлуке. За разлику од ранијег законског решења где је било могуће да се поступак врати у истрагу (или да се истрага спроведе ако је није било),⁶¹² сада се решењем о дозволи понављања поступак може поновити само од фазе главног претреса (чл. 477. ст. 2). Има мишљења да је то због увођења јавнотужилачке истраге,⁶¹³ о чијем покретању суд не одлучује. Међутим, испушта се из вида да у поступку судске контроле оптужбе ванпретресно веће може донети одлуку да се истрага допуни, односно спроведе ако је није било (чл. 337. ст. 3), а судија за претходни

⁶¹² Види чл. 411. ст. 3. ЗКП из 2001. године.

⁶¹³ Бата Цветковић, „Ванредни правни лекови“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2013), стр. 194.

поступак има овлашћење да јавном тужиоцу наложи спровођење одређене доказне радње у корист осумњиченог (чл. 302. ст. 3). Ни концепцијски посматрано, јавнотужилачка истрага није препрека да суд нареди понављање поступка од фазе истраге. Зато поједини правдају ово законско решење настојањем да се понављањем поступка „не напушта терен судске надлежности“.⁶¹⁴

У погледу нових разлога за понављање кривичног поступка интересантне су две новине. Једна је везана за увођење правних чињеница у разлоге за понављање поступка, а друга, за већ речено ублажавање казне.

Најпре, предвиђена је могућност понављања поступка ако се изнесу нове чињенице или се поднесу нови докази који сами за себе или у вези са ранијим чињеницама или доказима могу довести до одбијања оптужбе (чл. 473. ст. 1. тач. 3), а такође и „ако се изнесу нове чињенице или поднесу нови докази да окривљеном није уредно достављен позив за претрес који је одржан у његовом одсуству (чл. 473. ст. 1. тач. 7). Оба нова основа су правне природе: пресуда којом се оптужба одбија доноси се због постојања процесних сметњи да суд мериторно одлучује, а неуредност достављања је повреда поступка. Насупрот овим олако уведеним правним основима, за понављање поступка је типично да има чињенични основ – поступак се понавља због озбиљних недостатака у чињеничном стању. Увођење ових правних основа принципијелно је погрешно, јер је потпуно супротно природи захтева за понављање поступка који је строго везан за чињеничне недостатке.⁶¹⁵ Поред тога, није логично да један овакав процесни пропуст као што је неуредно достављање позива буде разлог за понављање поступка.“⁶¹⁶

Сада је могуће понављање поступка „ако се изнесу нове чињенице или поднесу нови докази којих није било када је изрицана казна затвора или суд за њих није знао иако су постојали, а они би очигледно довели до блаже кривичне санкције“ (чл. 473. ст. 1. тач. 6). Тиме је у ствари у захтев за понављање поступка инкорпорисано ванредно ублажавање казне, што је по ранијим прописима био самосталан ванредни правни лек. Разлика од раније регулативе је у томе што се сада може ублажити само казна затвора, и што се захтев за понављање поступка може поднети само док казна затвора не буде

⁶¹⁴ Г. П. Илић и др., *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2013), стр. 1023.

⁶¹⁵ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 507.

⁶¹⁶ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 195.

извршена, а с друге стране, што уместо највише судске инстанце сада одлучује првостепени суд. Концепцији новог уређења понављања поступка може се приговорити да се губи главна одлика овог ванредног правног лека. Уместо да буде усмерен на чињеничне недостатке у пресуди, односно на недостатке у чињенично стању, сада се може захтевати понављање поступка и због процесних сметњи и пропуста (о чему је напред било речи), као и због недостатака у одлуци о кривичној санкцији. Разлози за понављање поступка разнородне природе чине да овај ванредни правни лек више није препознатљив.

Поред принципијелне критике, учињеним изменама уређења понављања поступка могу се упутити и неке конкретне примедбе. Најпре, уместо једноставнијег и централизованог поступка пред највишом судском инстанцом, сада се води компликован поступак понављања поступка пред првостепеним судом, што ће засигурно довести до неуједначене судске праксе у примени овог правног лека,⁶¹⁷ односно и до неуједначене казнене политике везане за ванредно ублажавање казне. Затим, са становишта ефикасности поступка, веома је дискутабилно да ли је рационално спровести цео поступак одлучивања о понављању кривичног поступка, да би се на главном претресу извели само докази који се односе на одмеравање казне.⁶¹⁸ Може се приговорити и да је на тај начин створена законска могућност да првостепени суд исправља пресуду апелационог суда (кад је он последњи одлучивао након чега пресуда је постала правноснажна), што доводи у питање концепцијску исправност новог законског решења.⁶¹⁹

Све су то конкретни разлози, уз принципијелну критику према којој понављање поступка мора бити везано за недостатке чињеничног стања, да се у некој будућој новелацији кривичног процесног законодавства изнова претресу одредбе о понављању поступка, и разјасни има ли стварне потребе за променом типичне одлике овог ванредног правног лека.

3.2.2. Посебан случај понављања

⁶¹⁷ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 506.

⁶¹⁸ Веско Крстајић, „Ванредни правни лекови у кривичном поступку“, у: *Нова решења у кривичном процесном законодавству - теоретски и практични аспект* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2011), стр. 113.

⁶¹⁹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 239.

Понављање поступка лицу којем је осуђено у одсуству представља посебан случај понављања зато што за понављање поступка није потребно да постоји ниједан од закона предвиђених разлога за право понављање кривичног поступка. Једини услов је да осуђени или његов бранилац поднесе захтев за понављање кривичног поступка у року од шест месеци од дана када постане могуће да осуђени присуствује и учествује у кривичном поступку. По истеку рока од шест месеци, могуће је само право понављање кривичног поступка, а тада осим осуђеног и његовог браниоца понављање може тражити и јавни тужилац. Поступак има ток као код правог понављања, најпре се одлучује о дозволи понављања, а потом се понавља првостепени кривични поступак.

Понављање поступка лицу којем је осуђено у одсуству није претрпело веће промене, изузев једне која је интересантна и принципијелно и са становишта положаја јавног тужиоца. Реч је о одступању од начела непосредности и начела контрадикторности, кад треба у поновљеном поступку користити исказ већ осуђених саучесника.

Саучесник окривљеног који је већ осуђен не може се испитивати, нити се може суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином исказа осуђеног врши по правилима којим су регулисана одступања од начела непосредности у доказном поступку на главном претресу (по члану 406. ст. 1. тач. 5), тј. читањем записника о саслушању (чл. 481. ст. 2). У том случају се пресуда не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати на исказу осуђеног саучесника. Ова забрана непосредног извођења доказа доводи јавног тужиоца у екстремно повољнији положај у односу на раније законско решење. Довољно је да једног од доступних саучесника јавни тужилац убеди да закључе споразум о признању кривичног дела, дајући му максималну повластицу у погледу казне, да тиме себи обезбеди сигуран доказ за своју оптужбу. Реално је очекивати да ће саокривљени који је доступан органима гоњења пребацити кривицу на саокривљеног који је у бекству. Осим што се грубо крши начело непосредности, окривљеном је угрожено право на правично суђење и уставна гаранција да мора имати могућност да испита сведоке против себе. У поновљеном поступку саучесник који је већ осуђен има својство сведока у правом смислу, јер се против њега не води кривични поступак. Зато нема ниједног разлога да се искључи његово испитивање у својству сведока на главном претресу, већ га треба, имајући у виду напред наведене примере, обавезно подврћи унакрсном испитивању.

По аналогiji са експлицитном забраном да се у поновљеном поступку лицу које је осуђено у одсуству не сме саслушавати осуђени саучесник, у редовним поступцима против других саокривљених судови узимају као утврђене чињенице из пресуда донетих на основу споразума о признању кривичног дела, што је апсолутно неприхватљиво. На тај начин је у наше право и мимо законских одредаба прећутно уведен доста контраверзан и критикован институт формалног примања на знање (енгл. Judicial notice) правноснажно утврђених чињеница, против кога се истиче да се њиме негира претпоставка невиности и право на правично суђење, „а чак је истицано и да би овакво правило и САД-у морало бити проглашено неуставним.“⁶²⁰

3.3. ЗАХТЕВ ЗА ЗАШТИТУ ЗАКОНИТОСТИ

Захтев за заштиту законитости радикално је промењен, потпуно му је измењена сврха и преуређен је у страначки правни лек. Поред ових суштинских, има и одређених правнотехничких новина. У даљем излагању објаснићемо ове суштинске захвате у промену концепције овог ванредног правног лека, као и неке мање значајне, али интересантне промене са становишта процесног положаја јавног тужиоца у погледу подизања захтева за заштиту законитости.

а) Уместо заштите законитости и постизања законитих одлука, *сврха* овог правног лека кад се подиже због повреде закона сада је сведена на *правилну и једнообразну примена закона*.⁶²¹ Сврха је промењена тако што је уведено ограничење да „о захтеву за заштиту законитости који је поднет због повреде закона, Врховни касациони суд *одлучује само ако* сматра да је реч о питању од значаја за *правилну или уједначену примену права* (чл. 486. ст. 2). Уколико новоуведени услов по оцени суда не буде испуњен, Врховни касациони суд мора решењем одбацити захтев за заштиту законитости иако је поднет због повреде закона, ако није од значаја за *правилну или уједначену примену права* (чл. 487. ст. 1. тач. 4).

Нова концепција захтева за заштиту законитости наишла је на критику међу теоретичарима кривичног процесног права.

⁶²⁰ Вања Бајовић, „Поједностављење форме поступања у кривичним стварима и суђење у разумном року“, у: *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2015), стр. 9.

⁶²¹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 247.

Уместо да јача законитост правноснажних судских одлука у кривичним стварима, законодавац је „обеснажио“ овај ванредни правни лек, јер ће суд одбацити захтев кад оцени да питање није од значаја за правилну примену и уједначену примену права, чак и кад је повреда на штету окривљеног.⁶²² То што ће суд тако поступити и ако је повреда учињена на штету оптуженог, *a priori* се коси са досадашњом праксом Републичког јавног тужиоца, који је овим правним леком увек реаговао на повреду закона учињене на штету оптуженог.⁶²³ Нова концепција може се критиковати и са становишта делотворности правног лека. Прописивањем да суд врши контролу законитости само кад оцени да она има значај за правилну и једнообразну примену закона, законодавац омогућава да суд врши селекцију случајева о којима ће одлучивати у меритуму, па се може поставити питање делотворности захтева за заштиту законитости, односно „прецизније речено селективне делотворности“.⁶²⁴ Таква концепција условно речено, омогућава да се „прихватају као дозвољене незаконите одлуке или поступци, што је са становишта правног поретка недоспустиво“.⁶²⁵ По свему судећи, нова концепција је погрешна, јер је захтев за заштиту законитости као ванредни правни лек и установљен с циљем да отклони сваку незаконитост правноснажне кривичне пресуде, а ново законско решење практично значи да се „системски пристаје на незаконите правноснажне одлуке“⁶²⁶ у кривичном поступку, „што правни поредак не би смео да допусти“.⁶²⁷ Сужење обима законитости о којој сада одлучује суд, допушта опстанак правноснажних судских одлука које нису засноване на закону у свим ситуацијама кад суд оцени да повреде закона нису од значаја за правилну и уједначену примену закона, доводи у питање уставност тих законских одредби пошто су у *колизији* је са чл. 145. ст. 2. Устава,⁶²⁸ који захтева да све судске одлуке буду

⁶²² Г. Илић, „Јавни тужилац у Србији као једини субјект права на подношење захтева за заштиту законитости“, у: *Правни лекови у кривичном поступку* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016), стр.371.

⁶²³ С. Бркић, „Неусклађеност Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године са другим прописима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 3 (2014), стр. 177.

⁶²⁴ Татјана Бугарски, „Захтев за заштиту законитости“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1 (2016), стр. 93.

⁶²⁵ Т. Бугарски, „Захтев за заштиту законитости“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1 (2016), стр. 216. С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), , стр. 93.

⁶²⁶ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 248.

⁶²⁷ М. Грубач, „Нове установе и нова решења законика о кривичном поступку Србије од 26. септембра 2011. године“, *Правни записи*, 2 (2011), стр. 507, 508.

⁶²⁸ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 177; Г. Илић, „Јавни тужилац у Србији као једини субјект права на подношење захтева

засноване на закону. Приликом оцене нове законске регулативе овог ванредног правног лека, није без значаја да ниједна од ексјугословенских земаља није променила концепцију и сврху захтева за заштиту законитости, па ни оне које су усвојиле класичан адверзијални модел кривичног поступка, као што су Македонија⁶²⁹ и Босна и Херцеговина⁶³⁰. На крају, због измењене његове сврхе, сматра се да назив правног лека више не одговара суштини правног лека јер се њиме сада не штити законитост, како из назива произилази, већ „правилност и уједначеност“ примене права.⁶³¹ На наведеној критици се темељи предлог да се омогући захтев за заштиту законитости увек кад је закон повређен на штету окривљеног, и кад није од значаја за уједначену примену права.⁶³² Ми међутим сматрамо да аргументи наведени у критици нове концепције говоре у прилог да се *de lege ferenda* захтев за заштиту законитости уреди као правно средство којим Републички јавни тужилац може захтевати исправљање сваке незаконитости у правноснажним судским одлукама којима је пресуђена кривична ствар, без обзира да ли су на штету или у корист окривљеног, и без обзира на значај који имају на правилну и јединствену примену права.

Разлоге за промену концепције захтева за заштиту законитости треба тражити у сфери адверзијализације читавог кривичног поступка. Новом концепцијом имитиран је амерички поступак решавања законитости, пошто је само законско решење урађено по узору на поступак *writ of certiorari* пред Врховним судом САД-а,⁶³³ како то сами писци законског текста наводе. Међутим, испустили су из вида да је англоамерички систем заснован на прецедентном праву, те да одлуке највише судске инстанце постају извор права. Зато се тежиште одлучивања о законитости помера ка највишој судској инстанци, која то чини по службеној дужности, без захтева тужиоца. Очито је идеја да се и поступак по ванредним правним лековима подреди концепцији страначког уређења кривичног поступка, да странке у поступку по редовним правним лековима исправљају незаконитости судских одлука, а да у поступку по захтеву за заштиту законитости

за заштиту законитости“, у: *Правни лекови у кривичном поступку* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016), стр. 367.

⁶²⁹ Види чл. 457-462. ЗКП Македоније.

⁶³⁰ Види чл. 350-357. ЗКП Републике Српске.

⁶³¹ Г. Илић, „Јавни тужилац у Србији као једини субјект права на подношење захтева за заштиту законитости“, у: *Правни лекови у кривичном поступку* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016), стр. 367.

⁶³² *Ibidem*, стр. 367.

⁶³³ Вид. Г. П. Илић и др., *Коментар Закона о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2013), стр. 1039.

највиша судска инстанца штити јавни интерес, али само у границама правилне и једнообразне примене закона, док се улога странака сужава.

Са становишта положаја јавног тужиоца, промена концепције представља преваљивање тежишта са јавног тужиоца на суд у погледу оцене да ли је повреда законитости од значаја за правилну и уједначену примену закона. С тим у вези, може се поставити питање колико је промена концепције захтева за заштиту законитости у складу са уставним положајем јавног тужиоца, где се јавном тужилаштву даје функција да „предузима мере за заштиту уставности и законитости“,⁶³⁴ без икаквих ограничења. За разлику од ранијег решења према коме је право на подизање захтева за заштиту законитости припадало Републичком јавном тужиоцу, као државном органу који се стара о уставности и законитости, а не као кривичнопроцесној странци, његова улога се унеколико мења и помера ка страначкој функцији. Такав закључак прозилази кад се нова концепција захтева за заштиту законитости доведе у везу са уставним положајем јавног тужиоца и уставном гаранцијом да се судске одлуке морају заснивати на закону.⁶³⁵ Са новом сврхом овог ванредног правног лека сужава се обим незаконитости због којих јавни тужилац сада треба да подноси захтев за заштиту законитости (буквално тумачећи, ако незаконитост није значајна за правилну и уједначену примену права, макар била и на штету окривљеног, јавни тужилац не треба да подиже захтев за заштиту законитости).

б) У погледу *основа за изјављивање захтева за заштиту законитости*, треба најпре констатовати да су из претходног законика преузети основи тадашња три правна лека. Прво, као основ предвиђена је повреда закона (чл.485. ст. 1. тач. 1), што је типичан основ за подизање захтева за заштиту законитости. Друго, преузети су основи једног посебног случаја за понављање кривичног поступка: кад је одлуком Уставног суда утврђено да је примењени закон неуставан и кад је одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права утврђено да је судском одлуком повређено или ускраћено људско право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку (чл.485. ст. 1 тач. 2. и 3). Треће, инкорпорисани су основи ранијег захтева за испитивање правноснажне пресуде, а односе се на неке битне повреде одредаба кривичног поступка, неке повреде кривичног закона и неке незаконитости одлука о

⁶³⁴ Види уставну дефиницију јавног тужилаштва постављену у чл. 156. ст. 1. Устава Србије.

⁶³⁵ Уставне су гаранције да се „судске одлуке заснивају на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона“ (чл. 145. ст. 2. Устава).

имовинскоправном захтеву, о одузимању имовине проистекле из кривичног дела и трошковима кривичног поступка (чл. 485. ст. 4).

Сада је потпуно искључено било какво испитивање чињеница утврђених правноснажном пресудом, макар биле значајне или одлучне, јер нови законик не предвиђа да се по захтеву за заштиту законитости може укинути правноснажна пресуда због "знатне сумње у истинитост одлучних чињеница", како је то раније било изричито прописано⁶³⁶.

Инкорпорисање ранијег захтева за испитивање правноснажне пресуде у захтев за заштиту законитости у правосудној пракси види се као идеја да се "додатно" заштити процесни положај "супротне стране" с обзиром на нову концепцију Законика о кривичном поступку и увођење страначког поступка, па је у том смислу предвиђен само за одређени број повреда закона.⁶³⁷ Насупрот оваквом гледишту, има предлога да се издвоји овлашћење окривљеног и браниоца да изјаве захтев за заштиту законитости и поново уведе раније постојећи захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде као самосталан ванредни правни лек окривљеног, зато што је у пракси оправдао своје постојање,⁶³⁸ а који је Европски суд за људска права оценио да представља делотворно правно средство.⁶³⁹

в) Саобразно новим основима за подизање захтева за заштиту законитости, који су, као смо констатовали, преузети из других правних лекова, одређени су и *титулари овог ванредног правног лека*. Републички јавни тужилац губи својство ексклузивног титулара овог ванредног правног лека, пошто га сада, под одрђеним законским условима, могу поднети и окривљени и његов бранилац. Тако захтев за заштиту законитости постаје страначки правни лек, из чега се види идеја да се и поступак по овом ванредном правном леку уреди као адверзијални, а не поступак који иницира државни орган који је установљен да се стара о законитости кривичних судских одлука.

Републички јавни тужилац може захтев поднети како на штету тако и у корист окривљеног, без ограничења, како у погледу разлога, тако и у погледу рокова (изузев

⁶³⁶ Види чл. 426. ЗКП-а из 2001. године.

⁶³⁷ Б. Цветковић, „Ванредни правни лекови“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2013), стр. 197.

⁶³⁸ Ј. Тинтор, „Бранилац као субјект правног лека“, у: *Правни лекови у кривичном поступку* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Београду, 2016), стр.321 и 322; Г. Илић, „Јавни тужилац у Србији као једини субјект права на подношење захтева за заштиту законитости“, у: *Правни лекови у кривичном поступку* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016), стр. 371.

⁶³⁹ Случај Јовичић против Србије, захтев бр. 42716/11 (доступно на адреси http://www.zastupnik.gov.rs/uploads/Jovicic_o_42716-11ser.pdf, 25. 12. 2018).

кад се подноси због неуставности примењеног закона и повреде права утврђених у одлукама Уставног суда и Европског суда за људска права). Из овлашћења да може изјавити захтев и у корист окривљеног произилази да јавни тужилац има и улогу државног органа који се у јавном интересу стара о правилности и законитости судских одлука, што противречи напред речено настојању законодавца да захтев уреди као страначки правни лек. Захтев се може поднети и након што је окривљени обухваћен актом амнестије или помиловања или је наступила застарелост, или је окривљени умро, или је казна у потпуности издржана (чл. 483. ст. 2).

Право окривљеног на подношење захтева далеко уже је постављено, ограничено је у погледу разлога због којих се може поднети, у погледу рока за подношење, а као услов је предвиђено да је искористио редовне правне лекове. Захтев се може поднети искључиво преко браниоца – захтев изворно подноси окривљени али посредством браниоца. Пошто је реч о погрешној примени или непримени права која доводи до незаконитости која се побија овим ванредним правни леком, логичније је да сам бранилац у корист окривљеног подноси захтев за заштиту законитости.⁶⁴⁰ Установљена обавеза да се захтев може поднети само посредством браниоца изгледа као да је у корист окривљеног, али се у пракси ефекат новине може окренути против његових интереса. Разумљиво је да правни лек треба да подноси бранилац као стручно лице које познаје право и може аргументовано указати на незаконитост правноснажне пресуде, али стручна одбрана, односно бранилац би требало да буде доступан свим окривљеним. Међутим, многи окривљени не могу себи приуштити да плате браниоца, а подношење захтева није случај у коме је по закону обавезна стручна одбрана,⁶⁴¹ па им правни лек постаје недоступан зато што га по закону не могу сами изјавити. Тиме се отвара питање права окривљеног на приступ суду.⁶⁴² Проблем би се могао решити установљавањем обавезне стручне одбране кад правноснажно осуђени изјављује захтев за заштиту законитости.⁶⁴³

г) Новина је и да се сада захтев за заштиту законитости може поднети, не само против правноснажних судских одлука, него и *против правноснажних одлука јавног*

⁶⁴⁰ М. Шкулић, *Основне новине у кривичном процесном праву Србије* (Београд: Службани гласник, 2013), стр. 187.

⁶⁴¹ Опширније о односу обавезне стручне одбране и подизања захтева за заштиту законитости видети: Т. Бугарски, „Захтев за заштиту законитости“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1 (2016), стр. 216. С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), , стр. 94-96.

⁶⁴² *Ibidem.*, str. 96.

⁶⁴³ Види: Ј. Тинтор, „Бранилац као субјект правног лека“, у: *Правни лекови у кривичном поступку* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Београду, 2016), стр. 322

тужиоца. Тиме се задира у досадашњу теоријску дефиницију појма правних лекова, у којој је постојање судске одлуке *conditio sine qua non* за изјављивање правног лека, без које правног лека не може ни бити.⁶⁴⁴ На први поглед, решење је разумљиво кад се узме у обзир да је уведена јавнотужилачка истрага за коју су везане одлуке јавног тужиоца као органа поступка у тој фази. Међутим кад се детаљније анализирају природа и дејство одлука јавног тужиоца, проблем није тако једноставан. Најпре, треба констатовати да решење о одбацивању кривичне пријаве (које је се сматра интерним актом јавног тужилаштва) не може стећи материјалну правноснажност, па зато против њега није могуће изјавити захтев за заштиту законитости, јер је већ дугогодишњи став Врховног суда Србије да захтев није допуштен против одлука којима се не окончава кривични поступак, па самим тим може се поднети само када је кривични поступак мериторно правноснажно довршен.⁶⁴⁵ Затим, треба имати у виду да наредба о покретању истраге и наредба о обустави истраге не може стећи материјалну правну снагу. Одсуство материјалне правноснажности је само по себи разлог да се ове одлуке не могу нападати захтевом за заштиту законитости. Међутим, наредба о покретању истраге производи дејство према трећим лицима и има општи процесни ефект, што је аргумент који претеже у прилог става да је и против те одлуке захтев допуштен.⁶⁴⁶ Следи да се захтев за заштиту законитости практично може поднети против решења јавног тужиоца „искључиво да се утврди да је повређено право у корист осумњиченог“,⁶⁴⁷ тј. да би се донела утврђујућа пресуда по члану 493.

⁶⁴⁴ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 176, 177.

⁶⁴⁵ Врховни суд Србије, Кзз 35/72 од 19. 09. 1972. године.

⁶⁴⁶ Г. Илић, „Јавни тужилац у Србији као једини субјект права на подношење захтева за заштиту законитости“, у: *Правни лекови у кривичном поступку* (Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији, 2016), стр. 369.

⁶⁴⁷ *Ibidem*, стр. 367.

VII. ДИВЕРЗИОНЕ ФОРМЕ РЕШАВАЊА КРИВИЧНИХ СТВАРИ У ВЛАСТИ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА

До 2001. године гођење свих пунолетних осумњичених за извршена кривична дела решавано је по начелу легалитета,⁶⁴⁸ када су уведени први суштински облици опортунитета кривичног гођења. Уведена су два облика опортунитета: а) условно одлагање кривичног гођења,⁶⁴⁹ односно условни опортунитет⁶⁵⁰ и б) одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности, односно безусловни опортунитет.⁶⁵¹ За разлику од начела легалитета кривичног гођења које обавезује јавног тужиоца да предузме кривично гођење и одржава га у току кад се испуне законски (стварни и правни услови), према начелу опортунитета, тек кад се испуне законски услови јавни тужилац цени да ли је опортуно (целисходно) да предузме кривично гођење у конкретном случају са становишта јавног интереса. И код начела опортунитета јавни тужилац прво цени да ли постоје стварне и правне претпоставке за кривично гођење, па кад нађе да су испуњене, тек онда цени да ли је кривично гођење опортуно у том случају, с тим што процену целисходности врши искључиво у јавном интересу.⁶⁵²

Као разлози за увођење начела опортунитета у наш кривични поступак наводе се „убрзање претходног кривичног поступка и стварање нормативне основе за повећање ефикасности и поједностављења кривичног поступка“,⁶⁵³ односно рационализација кривичног поступка посматраног у целини која се постиже растерећењем судова⁶⁵⁴. Сматра се да је то „резултат интенције законодавца да створи оптималне претпоставке за рационализацију кривичног прогона окривљених, респектовањем постулата

⁶⁴⁸ Одобрење за кривично гођење, уступање гођења страни држави, опортунитет у поступку екстрадиције, као до тада у теорији навођена одступања од начела легалитета кривичног гођења, не сматрамо облицима опортунитета гођења у правом смислу.

⁶⁴⁹ Војислав Ђурђић, „Дискреционо кривично гођење“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 55 (2010), стр. 18.

⁶⁵⁰ Саша Кнежевић, „Дискреционо кривично гођење малолетних делинквената“, у: *Пристап правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије* (Ниш: Правни факултет, 2008), Књ. 4, стр. 376 и 379.

⁶⁵¹ М. Шкулић, *Кривично процено право*, Седмо измењено и дупуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 304.

⁶⁵² И. Илић, „Примена начела опортунитета кривичног гођења у државама бивше Југославије“, у: *Научни скуп са међународним учешћем „Право и друштвена стварност“*, Св. 1 (Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици, 2014), стр. 448.

⁶⁵³ Станко Бејатовић, „Предлог Законика о кривичном поступку и мере за повећање ефикасности и поједностављење кривичног поступка“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, 2-3 (2001), стр. 64.

⁶⁵⁴ Борђе Лазин, „Одсупања од принципа легалитета у новом Законнику о кривичном поступку“, у: *Практична примена новог југословенског Законика о кривичном поступку* (Београд: Удружење за кривично право и криминологију Југославије, 2002), стр. 34.

процесне економије“.⁶⁵⁵ Као разлози увођења опортунитета, односно као циљеви који се настоје постићи установљавањем опортунитета кривичног гоњења, у литератури се још наводе: „багателитет кривичног дела, одсуство или незнатна штетна последица извршења кривичног дела, чињеница да је штета надокнађена“,⁶⁵⁶ мали значај кривичног дела, „дејство кривичног поступка на јавност“,⁶⁵⁷ „потреба благонаклоног поступања према окривљеном из криминалнополитичких разлога“,⁶⁵⁸ разлози процесне економије, обзири према породици учиниоца кривичног дела, „обзири према захтевима државне политике у међународним односима“,⁶⁵⁹ и слично.

Примена било ког облика начела опортунитета кривичног гоњења, спречава да се у том случају покрене кривични поступак и да суд пресуди конкретну кривичну ствар. Управо зато што се државна реакција према осумњиченом за извршено кривично дело спроводи изван кривичног поступка, са налагањем извесних обавеза осумњиченом, или простим одбацивањем кривичне пријаве, примена опортунитета представља дивезиону форму решавања кривичних ствари. То је и био разлог што о опортунитету излажемо у оквиру одељка о положају јавног тужиоца у диверзионим формама решавања кривичних ствари. Упоредноправно посматрано, може се запазити да поједини облици опортунитета захтевају сагласност осумњиченог, или и сагласност осумњиченог и оштећеног, да би јавни тужилац могао применити опортунитет, чиме овај диверзиони поступак поприма одлике консесуалности и ресторативности. Зато се за опортунитет кривичног гоњења и каже да „у бити представља *диверзиони модел*, проткан идејама *консесуалне* и *ресторативне правде*, чија је *сврха рационализација* кривичног поступка и постизање неких *ванпроцесних и политичких циљева*“.⁶⁶⁰

У даљем излагању укратко ћемо објаснити законску регулативу оба основна вида начела опортунитета и посебно указати на промене које доноси сада важећи Законик о кривичном поступку из 2011. године. Главни предмет расправе биће какав

⁶⁵⁵ С. Кнежевић, „Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената“, у: *Пристап правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије* (Ниш: Правни факултет, 2008), Књ. 4 стр. 374.

⁶⁵⁶ И. Илић, „Примена начела опортунитета кривичног гоњења у државама бивше Југославије“, у: *Право и друштвена стварност* (Косовска Митровица: Правни факултет, 2014), стр. 449.

⁶⁵⁷ Тома Живановић, *Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка)*, II. Одељак (Београд: 1941), стр. 31.

⁶⁵⁸ Т. Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ* (Београд: Завод за издавање уџбеника, 1971), стр. 122.

⁶⁵⁹ М. Грубач, *Кривично процесно право, Увод и Општи део* (Београд: Научна књига, 2004), стр. 152.

⁶⁶⁰ В. Ђурђић, „Дискреционо кривично гоњење“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 55 (2010), стр. 9.

положај добија јавни тужилац са начелом опортунитета кривичног гоњења, да ли увођењем овог начела јавни тужилац постаје апсолутни господар кривичног гоњења и у ком обиму, те с обзиром на положај јавног тужиоца у предистрази, да ли јавно тужилаштво све више постаје квази-судски орган, односно да ли добија атрибуте правосудног органа. На овако постављени проблем истраживања, надовезује се питање да ли је одлука јавног тужиоца о непримени материјалног кривичног права коначна или је потребна одговарајућа контрола, унутрашња или спољашња, пре свега од стране суда.

1. УСЛОВНО ОДЛАГАЊЕ КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Према позитивном праву, условно одлагање кривичног гоњења, односно условни опортунитет је основни облик начела опортунитета кривичног гоњења, а предвиђен је за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до пет година (чл. 283). У нашој кривичнопроцесној теорији нема јединственог гледишта о правној природи условног одлагања кривичног гоњења, што се може и разумети кад се узму у обзир недостаци његове законске регулативе, као и да се ради о принципу релативно новијег датума.

Најчешће се у литератури кривичног процесног права сматра да условно одлагање кривичног гоњења представља одступање од начела легалитета.⁶⁶¹ Према другом гледишту, условно одлагање кривичног гоњења је, по својој правној природи, облик начела опортунитета, што значи да се поима као начело опортунитета кривичног гоњења, па се због такве природе увршћује у основна начела кривичног поступка, уз начело легалитета.⁶⁶² И већина присталица овог другог гледишта такође напомиње да се код овог облика опортунитета ради о одступању од начела легалитета.⁶⁶³ Има и аутора који ближе одређују природу, сматрајући да се ради о једној хибридној, односно мешовитој кривичнопроцесној установи, која има „елементе класичног непокретања кривичног поступка због нецелисходности“ и „елементе опроштаја учиниоцу учињеног кривичног дела“ ако испуњењем наложених обавеза ту специфичну аболицију

⁶⁶¹ М. Грубач, *Кривично процесно право, Увод и Општи део* (Београд: Научна књига, 2004), стр. 153 и 155; С. Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), стр. 94. и др.

⁶⁶² В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део* (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 67 и 69; D. Radulović, *Krivično procesno pravo* - (Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, 2015), стр. 69.

⁶⁶³ С. Бркић, *Кривично процесно право I* (Нови сад: Правни факултет, 2014), стр. 61; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део* (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 69.

заслужи.⁶⁶⁴ Поједини аутори га ближе одређују као „својеврсну алтернативу кривичном гоњењу и поступку“.⁶⁶⁵ Због условљавања примене опортунитета гоњења, неки аутори га сматрају „атипичним опортунитетом“⁶⁶⁶ који се означава као условни опортунитет или условно одлагање гоњења.

Од његовог увођења, поље важења овог облика опортунитета се све више ширило. Према Законнику о кривичном поступку из 2001. године, којим је овај облик опортунитета кривичног гоњења и уведен, условно одлагање кривичног гоњења било је могуће за кривична дела за која је била забрањена новчана казна или казна затвора до три године.⁶⁶⁷ Новелом процесног законика из 2009. године, било је омогућено јавном тужиоцу да уз садејство суда примењује овај облик опортунитета у још ширем обиму: јавни тужилац је могао по одобрењу ванпретресног већа да одложи кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена казна затвора преко три а до пет година.⁶⁶⁸ Напослетку, Закоником о кривичном поступку из 2011. године, поље важења овог облика опортунитета проширено је на сва кривична дела са забрањеном казном затвора до пет година, без икаквог садејства суда (јавном тужиоцу више није потребно претходно одобрење суда за тежа кривична дела, тј. ни за дела са забрањеном казном преко три године затвора). На тај начин се шири моћ јавног тужиоца да уз сагласност осумњичених наложи извршење извесних мера због извршених кривичних дела, уместо да им суд пресуђује и изриче кривичне санкције. Истина, те мере нису кривичне санкције, ни садржински (јер их не предвиђа кривични закон и не повлаче осуђиваност као последицу) ни формално, јер их одређује јавни тужилац.⁶⁶⁹ Међутим, не може се порећи да за предвиђени, законом прописани обим кривичних дела јавни тужилац својом одлуком ограничава примену материјалног кривичног права. Управо из тих разлога може се поставити питање да ли за тако велики број кривичних дела само јавни тужилац треба да одлучује о (не) примени кривичног закона према осумњиченим за учињена кривична дела. Ово тим пре, ако се има у виду да законом нису прописани

⁶⁶⁴ М. Шкулић, *Кривично процено право*, Седмо измењено и дупуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 61.

⁶⁶⁵ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 63.

⁶⁶⁶ И. Илић, „Примена начела опортунитета кривичног гоњења у државама бивше Југославије“, у: *Право и друштвена стварност* (Косовска Митровица: Правни факултет, 2014), стр. 452.

⁶⁶⁷ Види чл. 236. Законика о кривичном поступку из 2001. године ("Сл. листу СРЈ", бр. 70/2001 од 28. децембра 2001).

⁶⁶⁸ Види члан 61. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. године ("Сл. гласник РС", бр. 72/2009 од 3. септембра 2009).

⁶⁶⁹ Милан Шкулић, „Начело опортунитета кривичног гоњења и (не) деловање начела *ne bis in idem*“, *Правни информатор*, 10 (2015), стр. 23.

никакви услови који би били објективни критеријум за примену условног опортунитета и да нема никакве спољашње контроле одлуке јавног тужиоца о непримени кривичног права. Ако се опортунитет већ правда аргументом да важи за лакша, багателна кривична дела, не може се прихватити став законодавца да су кривична дела са запређеном казном до пет година затвора управо та лакша дела. Реалније је да се та дела оцене као средње тешка, а не као лака кривична дела. О овим аспектима условног опортунитета биће детаљно разматрано у даљем току излагања у оквиру овог одељка.

Пошто у закону нису прописани никакви додатни услови за примену опортунитета, сматрамо да код кривичних дела код којих то закон дозвољава, јавни тужилац сам процењује по сопственом нахођењу да ли је у јавном интересу да предузме кривично гоњење, или је целисходније да осумњиченом наложи неку од законом прописаних обавеза. Јавни тужилац може осумњиченом наложити једну или више од следећих обавеза: 1) да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету, 2) да на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати одређени новчани износ, који се користи за хуманитарне или друге јавне сврхе; 3) да обави одређени друштвено корисни или хуманитарни рад; 4) да испуни доспеле обавезе издржавања; 5) да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога; 6) да се подвргне психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања; 7) да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком.

Јавни тужилац доноси наредбу о одлагању кривичног гоњења којом налаже осумњиченом да изврши једну или више ових обавеза, кад то осумњичени прихвати. У наредби се одређује и рок у коме осумњичени мора да изврши обавезу коју му је јавни тужилац наложио, који не може бити дужи од годину дана. Надзор над извршењем обавеза обавља повереник из органа управе надлежног за послове извршење кривичних санкција (чл. 283 ст. 2). Уколико осумњичени у остављеном року изврши наложене обавезе, јавни тужилац је дужан да донесе решење о одбацивању кривичне пријаве. О одбацивању кривичне пријаве јавни тужилац је дужан да обавести оштећеног, иако он није овлашћен да преузме кривично гоњење. Он има само право да изјави приговор вишем јавном тужиоцу по члану 51., о чему је напред било речи, а свој имовинскоправни захтев може остваривати у парничном поступку. У супротном, ако осумњичени не изврши наложене обавезе у року који му је одређен, јавни тужилац ће захтевати покретање кривичног поступка, подношењем оптужног предлога.

Са становишта положаја јавног тужиоца, у вези са условним одлагањем кривичног гоњења, значајне су две теме – а) недостатак законских услова за примену овог облика опортунитета и б) може ли јавни тужилац бити орган који коначно одлучује о примени кривичне репресије.

1.1. НЕДОСТАТАК ПРОПИСАНИХ ЗАКОНСКИХ ПРЕТПОСТАВКИ ЗА ПРИМЕНУ УСЛОВНОГ ОДЛАГАЊА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

Закоником о кривичном подтупку само је одређено поље примене, тј. случајеви када је опортунитет допуштен, тако што су прописана кривична дела, дела код којих је дозвољен, и то методом генералне клаузуле (прописивањем висине запређене казне). Осим маргина у оквиру којих је условно одлагање кривичног гоњења допуштено, других законских препрека за његову примену нема. Стога се може приметити да је задатак јавног тужиоца прилично уопштено постављен.

Већ на први поглед може се запазити да се у законском тексту уопште не помиње целисходност кривичног гоњења. Самим тим се не види шта је основни задатак јавног тужиоца који произилази из одредаба о условном одлагању кривичног гоњења. Да се ради о оцени целисходности кривичног гоњења може се „само имплицитно закључити из природе процесног механизма поступања јавног тужиоца“, као изузетка у односу на начело легалитета кривичног гоњења.⁶⁷⁰ Да је то потребно експлицитно предвидети, може се видети из законских одредаба о опортунитету кривичног гоњења у поступку према малолетницима, у којима се изричито наводи да јавни тужилац може да не захтева покретање судског поступка „кад сматра да не би било целисходно да се води поступак према малолетнику“.⁶⁷¹ Такође није прописано да се одлука о условном одлагању гоњења доноси у јавном интересу, из чега би се видело да јавни тужилац цени јавни интерес да би, сагласно тој оцени, одлучио да приступи примени овог облика опортунитета кривичног гоњења. Ову примедбу треба повезати са претходном, што значи да је требало прописати да јавни тужилац врши оцену целисходности кривичног гоњења са становишта јавног интереса. На основу те оцене у конкретном случају, јавни тужилац треба да закључи да извршење наложених обавеза осумњиченом (код условног

⁶⁷⁰ М. Шкулић, *Кривично процено право*, Седмо измењено и дупуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 302.

⁶⁷¹ Види чл. 58. ст. 1. Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица ("Службени гласник РС", бр. 85/2005). Истоветан текст постојао је у чл. 480. ст. 1. раније важећег Законика о кривичном поступку из 2001. године.

одлагања гоњења) надомешта и сасвим одстрањује⁶⁷² јавни интерес за кривичним гоњењем осумњиченог.⁶⁷³

Осим што у законнику није предвиђено да јавни тужилац врши оцену целисходности кривичног гоњења и то у јавном интересу, није прописан ни циљ који треба да се оствари применом условног дискреционог гоњења, мада се он назире из природе обавеза које јавни тужилац може наложити а за које се осумњичени обавезује да ће их извршити. Сврха је опортунитета да надомести изрицање кривичних санкција. Другим речима, применом условног опортунитета треба да се сврха кажњавања постигне налагањем законом предвиђених обавеза осумњиченом, уместо судског изрицања кривичне санкције. То значи да јавни тужилац оцењује да ли је у јавном интересу да се сврха кажњавања може постићи наметањем законом предвиђених обавеза, уместо изрицањем кривичних санкција у судском поступку. Оваква сврха би се видела из законског текста ако би било предвиђено да се условни опортунитет примењује у случају кад не постоји јавни интерес за кривичним гоњењем.

На крају, кад је реч о недостатку законских претпоставки, нису прописани ни услови који би се морали стећи да се одступи од начела легалитета (обавезности) кривичног гоњења. Тако је створен преширок простор за оцену и примену опортунитета без икаквих критеријума, што представља реалан амбијент за арбитрерност јавног тужиоца приликом вршења функције кривичног гоњења. Међутим, дискреционо гоњење учинилаца кривичних дела, као вид одступања од принципа легалитета, „не сме подразумевати арбитрерност у поступању јавног тужиоца“, јер би се у супротном, створио „простор за самовољно поступање јавног тужиоца“.⁶⁷⁴ Прописивањем законских услова за примену условног одлагања кривичног гоњења поставиле би се границе дискреционе власти јавног тужиоца, објективизирала би се примена опортунитета, а јавни тужилац би био обавезан да образлаже своју одлуку. У прилог једном таквом решењу, говоре искуства из упоредног права:

- У Законнику о кривичном поступку Црне Горе „одлагање кривичног гоњења“ прописано је за иста кривична дела као у српском праву, али су предвиђени и услови и критеријуми за његову примену. Државни тужилац може одложити кривично гоњење

⁶⁷² Види § 153а процесног законика Немачке.

⁶⁷³ В. Ђурђић, „Дискреционо кривично гоњење“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 55 (2010), стр. 21.

⁶⁷⁴ С. Кнежевић, „Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената“, у: *Пристап правосудју - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије* (Ниш: Правни факултет, 2008), Књ. 4 стр. 375.

под следећим условима: 1) ако за учињено кривично дело „није целисходно да се води кривични поступак“ и 2) ако осумњичени прихвати испуњење једне или више од законом предвиђених обавеза које ће му тужилац одредити. Такође су у закону наведене две врсте критеријума којима тужилац треба да се руководи приликом оцене да ли је у конкретном случају целисходно покретати кривични поступак – објективни („природа кривичног дела и околности под којима је учињено“) и субјективни критеријум („ранији живот учиниоца и његова лична својства“).⁶⁷⁵

- У Хрватском процесном законнику, за облик опортунитета који одговара нашем условном одлагању кривичног гоњења, предвиђени су следећи услови: да је тужилац претходно прибавио „сагласност жртве или оштећеника“ и да је осумњичени „преузео“ неку од законом предвиђених обавеза.⁶⁷⁶

- За немачко процесно законодавство је карактеристично да познаје већи број облика опортунитета кривичног гоњења.⁶⁷⁷ С обзиром на прописане законске услове, интересантна су три облика опортунитета кривичног гоњења. За примену најчешћег облика опортунитета, предвиђеног за преступе, тј. за багателна кривична дела, предвиђени су ови услови: да тужилаштво добије сагласност надлежног суда; да се кривица учиниоца може сматрати незнатном; и да не постоји јавни интерес за кривично гоњење (чл. 153. StPO). Сагласност суда није потребна, ако за конкретни преступ казна није ограничена посебним законским минимумом, а последице дела су незнатне. Код другог облика опортунитета, да би тужилаштво могло привремено одустати од кривичног гоњења за преступ (багателно кривично дело), потребна је: сагласност надлежног суда и осумњиченог; да су обавезе и налози јавног тужиоца подобни да одстране јавни интерес за кривичним гоњењем; и да степен кривице не представља препреку за одустанак (чл. 153а. StPO). За трећи облик, означен као одустанак од кривичног гоњења због могућности ослобођења од казне, потребно је: да су испуњени услови под којима суд може ослободити од казне и сагласност суда (чл. 153б. StPO).

⁶⁷⁵ Види чл. 272. ст. 1 (уводна реченица) Законика о кривичном поступку Црне Горе ("Службени лист ЦГ", бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 - Одлука УС ЦГ, 2/2015 - Одлука УС ЦГ, 35/2015 и 58/2015 - други закон). Опширније: Д. Радуловић, „Опортунитет кривичног гоњења – између нормативног и стварног“, у: *Кривично законодавство између праксе и прописа и усклађивање са европским стандардима* (Милићи: Министарство правде Републике Српске, 2017), стр. 25-36.

⁶⁷⁶ Види члан 522. ст. 1. Закона о казненом поступку Хрватске (Народне новине бр. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14).

⁶⁷⁷ О видовима опортунитета у немачком кривичном поступку види: (Roxin - Schünemann, 2014), стр. 80, 81; Станко Бејатовић, „Начело опортунитета кривичног гоњења у немачком кривичном процесном праву“, у: *Опортунитет кривичног гоњења* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2009), 132-134;

- У Швајцарској су услови за примену опортунитета кривичног гоњења предвиђени у материјалном кривичном праву, на чију примену упућује процесни законик. Наиме, према чл. 8. §1 швајцарског ЗКП-а,⁶⁷⁸ државни тужилац и судови ће одустати од кривичног гоњења кад то федерални закон дозвољава, под условима из чланова 52., 53. и 54. Кривичног закона⁶⁷⁹ Швајцарске. Предвиђена су три случаја опортунитета и за сваки од њих прописани су посебни услови. У првом случају, да би тужилац одустао од кривичног гоњења, неопходно је да су ниво кривице, као и последица кривичног дела занемарљиви, што су кумулативни услови. У другом случају надлежни орган ће се уздржати од кривичног гоњења, доводећи га на суд или кажњавајући га, ако је учинилац извршио репарацију губитка, штете или повреде, или је уложио разумни напор да исправи грешку коју је изазвао, и то: ако су испуњени услови за условну осуду (члан 42. КЗ) и ако су интересима опште јавности и оштећених лица занемарљиви. У трећем случају, надлежне власти ће се уздржати од кривичног гоњења, доводећи га на суд или кажњавајући га, ако је учинилац тако озбиљно погођен непосредним последицама свог дела да би казна била неадекватна.

Из овог упоредног приказа може се запазити да је дискрециона власт кривичног гоњења јавног тужиоца ограничена постављањем законских услова за примену опортунитета, да је у извесној мери објективизирана и да су успостављени различити механизми контроле примене опортунитета кривичног гоњења. Упоредноправна регулатива начела опортунитета кривичног гоњења може послужити нашем законодавцу да се унапреди национална регулатива. По нашем мишљењу, посебно треба узети у обзир немачко законодавство, које је и било узор нашем законодавцу приликом увођења условног одлагања кривичног гоњења.

1.2. Да ли јавни тужилац може бити орган који коначно одлучује о примени кривичне репресије?

Питање да ли јавни тужилац може бити орган који коначно одлучује о примени кривичне репресије, јер условно одлагање кривичног гоњења у бити представља вид државне реакције на извршено кривично дело којим се решавање скреће изван кривичног поступка, има две димензије: 1) да ли јавни тужилац има неопходан уставни капацитет да изриче мере државне реакције на извршено кривично дело; и 2) да ли је

⁶⁷⁸ See: The Swiss Code of Criminal Procedure (Schweizerische Strafprozessordnung), October 5, 2007, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html>, доступан 07. 11. 2018.год.

⁶⁷⁹ Swiss Criminal Code (Schweizerisches Strafgesetzbuch) <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/19370083/201803010000/311.0.pdf>, доступан 07. 11. 2018.год.

довољна унутрашња контрола у оквиру јавнотужилачке организације, или је потребна и спољашња контрола оштећеног, суда или какав други правни механизам.

1.3. УСТАВНИ КАПАЦИТЕТ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА ДА ОГРАНИЧАВА ПРИМЕНУ МАТЕРИЈАЛНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА

Одговор на прво питање зависи од природе мера које јавни тужилац може да наложи осумњиченом да не би предузео кривично гоњење и природе самог поступка. Мере које јавни тужилац може наложити осумњиченом у поступку условног одлагања кривичног гоњења, по својој природи нису кривичне санкције,⁶⁸⁰ јер нису као такве прописане Кривичним закоником, не изриче их суд, нити се изричу у кривичном поступку. Пошто се примењују према осумњиченом за извршено кривично дело, њихова природа могла би бити везана за алтернативне кривичне санкције. За ту оцену потребна је дефиниција алтернативних кривичних санкција. У кривичноправној теорији не постоји нека општеприхваћена дефиниција, али се може прихватити гледиште да је алтернативна кривична санкција у најширем смислу „свака кривична санкција која на одговарајући начин и према условима прописаним Кривичним закоником супституише казну затвора, односно новчану⁶⁸¹ казну“.⁶⁸² Очито је да обавезе које јавни тужилац може наложити у поступку условног одлагања кривичног гоњења, не задовољавају критеријум да супституишање казне затвора мора бити „према условима прописаним Кривичним закоником“. Стога се не могу сматрати ни алтернативним кривичним санкцијама. Међутим, и поред тога што се не могу сматрати ни кривичним ни алтернативним санкцијама, може се приметити да поједине обавезе које се налажу осумњиченом применом опортунитета гоњења имају с њима неке сличности: уплата новчаног износа и обављање друштвенокорисног рада личе на кривичне санкције новчане казне и рада у јавном интересу; подвргавање одвикавању од алкохола или опојних дрога и подвргавање психосоцијалном третману имају сличности са мерама безбедности обавезног лечења наркомана и алкохоличара, односно са обавезним

⁶⁸⁰ Према дефиницији, основни елементи кривичних санкција су: 1) циљ им је сузбијање криминалитета, 2) по својој природи су репресивног карактера, 3) примењују се према учиниоцу противправног дела које је законом предвиђено као кривично дело, 4) морају бити прописане кривичним законом, 5) судског су карактера јер их изриче само суд, и 6) изричу се у кривичном поступку. (Види: Зоран Стојановић, *Кривично право - Општи део* (Београд: Правна књига, 2013), стр. 255).

⁶⁸¹ Мисли се само на ситуације када је та казна прописана као главна, односно једина казна за конкретно кривично дело.

⁶⁸² Милан Шкулић, „Алтернативне кривичне санкције - појам, могућности и перспективе“, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2009), стр. 47, 48.

психијатријским лечењем на слободи.⁶⁸³ Ако се томе дода да се те обавезе налажу осумњиченом због извршеног кривичног дела и да их својом одлуком налаже државни орган у поступку који није кривични поступак али је извесно кривичног карактера, закључак би био да је реч о извесним парапепалним мерама које се у диверзионој форми поступка примењују као државна реакција на кривично дело. Баш зато што су и мере и поступак у коме се наређују – кривичног карактера, поставља се питање њихове уставности. Наиме, може ли по Уставу да неки други државни орган осим суда, изриче кривичноправне мере учиниоцима кривичних дела, ако се има у виду уставна гаранција да „свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд ... расправи и одлучи о ... основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега“ (чл. 32. ст. 1. Устава⁶⁸⁴).

Са становишта цитираних гаранција, уставност кривичнопроцесних норми о условном одлагању кривичног гоњења, могла би се оправдати чињеницом да је судско одлучивање о основаности сумње, односно о оптужбама – по својој природи право човека. Па будући да је то само право сваког човека, осумњичени се може одрећи уставног права које му припада. У конкретном, то би значило да се осумњичени давањем сагласности да изврши обавезе (мере) које му наложи јавни тужилац, у ствари одриче права на судско одлучивање. Закључак би био да је законско уређење условног одлагања кривичног гоњења није противно уставним гаранцијама уколико предвиђа сагласност осумњиченог. У противном, било би неуставно. И са становишта начела *nulla poena sine iudicio*, „осумњичени има право на суђење и само уз његову сагласност може се прибећи некој упрошћеној процесној форми која за резултат има примену неке кривичне санкције или њој сличне мере“.⁶⁸⁵

Тумачење је дато са становишта оних осумњичених према којима се примењује условно одлагање кривичног гоњења. Међутим, овакво тумачење отвара питање уставне једнакости пред законом (чл. 21 ст. 1. Устава), кад се оправдање уставности овог облика опортунитета посматра са становишта оних осумњичених према којима, за иста кривична дела, са истом запређеном казном, опортунитет није примењен. Ово је због тога што законом уопште нису прописани услови ни критеријуми за примену

⁶⁸³ И. Илић, „Примена начела опортунитета кривичног гоњења у државама бивше Југославије“, у: *Право и друштвена стварност* (Косовска Митровица: Правни факултет, 2014), стр. 452.

⁶⁸⁴ Устав Републике Србије („Службени гласник РС“ бр. 98/2006).

⁶⁸⁵ З. Стојановић, „Поједностављене форме поступања и алтернативне кривичне санкције“, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2009), стр. 24.

условног опортунитета, нити је предвиђена било каква контрола одлуке јавног тужиоца. Воља јавног тужиоца да примени опортунитет непримерено је слободна, а његова одлука прилично произвољна (пошто нема прописаних законских услова, јавни тужилац нема законску обавезу да образлаже зашто је применио опортунитет у конкретном случају)⁶⁸⁶. Осим тога, због квази-судске улоге коју јавни тужилац врши кад примењује опортунитет, требало би да ужива одређену независност у стварању политике кривичног гоњења,⁶⁸⁷ али је по Уставу наши јавни тужиоци још увек немају.

1.4. ДА ЛИ ЈЕ ПОТРЕБНА КОНТРОЛА УСЛОВНОГ ОПОРТУНИТЕТА?

На претходну констатацију се надовезује питање да ли је потребна некаква контрола одлуке јавног тужиоца да примени опортунитет у конкретном случају, било унутрашња, унутар јавнотужилачке организације, или спољашња, од стране суда или оштећеног. У литератури се већина аутора изјашњава да је потребан некакав вид контроле одлуке јавног тужиоца да условно одложи кривично гоњење, али су гледишта различита у погледу природе и врста те контроле, као и ко треба да је врши.

Према једном мишљењу, по питању да ли контрола треба да буде унутрашња или спољашња, довољна је контрола унутар јавнотужилачке организације. Контрола одлуке јавног тужиоца о условном одлагању кривичног гоњења је неопходна у смислу двостепености, „али њу мора обезбедити јавнотужилачка организација“.⁶⁸⁸ И према другом мишљењу неопходна је контрола опортунитета, али она може бити организована двојачко, или од стране оштећеног или од стране вишег јавног тужиоца. Конкретно, примена опортунитета могла би се условити добијањем претходне сагласности оштећеног, што би био један правни пут, или установљавањем могућности преиспитивања одлуке од стране вишег или највишег јавног тужиоца,⁶⁸⁹ као други могући правни пут.

Има мишљења да је могућа и судска контрола примене опортунитета кривичног гоњења. Практични разлози говоре у прилог судске контроле опортунитета, која има својих предности: брза је и ненаметљива тако да не омета примену начела

⁶⁸⁶ Види: В. Ђурђић, „Дискреционо кривично гоњење“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 2010, стр. 21.

⁶⁸⁷ А. Ashworth, 'Developments in the Public Prosecutor's Office in England and Wales', *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 8 (2000), p. 257.

⁶⁸⁸ Јасмина Киурски, *Начело опортунитета кривичног гоњења (докторска дисертација)* (Београд: Правни факултет у Београду, 2015), стр. 108, 118 и 119.

⁶⁸⁹ С. Бејатовић, „Опортунитет кривичног гоњења и нови ЗКП РС“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 136.

опортунитета. Пошто представља надзор над одлуком јавног тужиоца, самим тим што она постоји, јавни тужиоци треба да буду охрабрани да опортунитет што чешће примењују.⁶⁹⁰ И поред присталица, далеко је више противника судске контроле одлуке јавног тужиоца о примени опортунитета кривичног гоњења.⁶⁹¹ Као основни аргумент се наводи да би функција кривичног гоњења морала бити „чисто“ јавнотужилачка, и све док постоји „сагласност суда“ не може се говорити о начелу опортунитета као дискреционом праву јавног тужиоца.⁶⁹² Попут различитих гледишта у теорији и међу посленицима јавнотужилачке функције, и сам законодавац је лутао тражећи исправно решење овог проблема. Кад је 2001. године уведено условно одлагање кривичног гоњења, није било судске контроле, да би новелом ЗКП-а из 2004.⁶⁹³ године била уведена претходна сагласност суда (пре него донесе одлуку о примени овог облика опортунитета гоњења јавни тужилац је морао да за то прибави сагласност суда), а новелом из 2009.⁶⁹⁴ године установљена судска контрола бива укинута.

У погледу контроле опортунитета од стране оштећеног, теоријскоправна и стручна мишљења су скоро неподељена, сви се залажу да оштећени треба да даје сагласност на условно одлагање кривичног гоњења, само што неки сматрају да је довољна сагласност једино на обавезе које се не тичу репарације права оштећеног,⁶⁹⁵ док други⁶⁹⁶ сматрају да је сагласност примерена за све обавезе које јавни тужилац налаже код условног одлагања кривичног гоњења. Концепција законодавца је ишла у потпуно супротном смеру. Од самог увођења условног одлагања кривичног гоњења била је прописана обавезна сагласност оштећеног кад јавни тужилац одлучи да

⁶⁹⁰ Златко Шуловић, „Нека запажања о досадашњој примени начела опортунитета код пунолетних учинилаца кривичних дела“, у: *Поједностављене форма поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2009), стр. 137.

⁶⁹¹ Види: С. Бејатовић, „Опортунитет кривичног гоњења и нови ЗКП РС“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), стр. 136; Јасмина Киурски, *Начело опортунитета кривичног гоњења (докторска дисертација)* (Београд: Правни факултет у Београду, 2015), стр. 108, 118 и 119; Слободан Радовановић, „Примена начела опортунитета (чл. 236, чл. 237. ЗКП) уз анализу могућих проблема који могу настати у пракси“, у: *Опортунитет кривичног гоњења* (Београд: Удружење тужилаца Србије, 2009), 82; и други.

⁶⁹² Слободан Радовановић, „Примена начела опортунитета (чл. 236, чл. 237. ЗКП) уз анализу могућих проблема који могу настати у пракси“, у: *Опортунитет кривичног гоњења* (Београд: Удружење тужилаца Србије, 2009), стр. 82.

⁶⁹³ Види члан 26. став 1 Закон о изменама и допунама Законика о кривичном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 58/2004 од 28. маја 2004. године).

⁶⁹⁴ Види члан 61. став 1. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 72/2009 од 3. септембра 2009. године).

⁶⁹⁵ Види: М. Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе* (Подгорица: Министарство правде ЦГ, 2009), стр. 798, 799.

⁶⁹⁶ Ј. Киурски, *Начело опортунитета кривичног гоњења (докторска дисертација)* (Београд: Правни факултет у Београду, 2015), стр. 102. и 103.

примени опортунитет и хоће да наложи осумњиченом следеће обавезе: „да плати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе“, и „да обави одређени друштвенокорисни или хуманитарни рад“. ⁶⁹⁷ У једном периоду била је предвиђена и могућност да суд својом одлуком надомести сагласност оштећеног ако је он ускрати. ⁶⁹⁸ Међутим, са доношењем важећег законика 2011. године, одстрањено је свако учешће оштећеног из поступка условног одлагања кривичног гоњења (čl. 283. st. 3).

Претходну расправу о спољашњој контроли посматраћемо са становишта уставног положаја јавног тужилаштва и процесног положаја јавног тужиоца у кривичном поступку, узимајући у обзир природу поступка условног одлагања кривичног гоњења, као и природу мера које се могу наложити осумњиченом. Пре свега треба имати у виду да се овај поступак води само поводом извршеног кривичног дела. Зато је поступак условног одлагања гоњења кривичног карактера. У његовој суштини је праштање кривичног гоњења ако осумњичени изврши обавезе које му наложи јавни тужилац, а те обавезе се испољавају као мере државне реакције на извршено кривично дело, па како нису прописане кривичним законом, оне су парапеналне природе. Другим речима, ова диверзиона форма јавља се као алтернатива кривичним санкцијама и алтернатива кривичном поступку. Зато се може рећи да има све одлике пара-кривичног права. ⁶⁹⁹ Због такве природе овог поступка и мера које се примењују према осумњиченом за извршено кривично дело, сматрамо да законом најпре треба прописати услове за примену условног одлагања кривичног гоњења. Пошто се опроштајем кривичног гоњења постављају границе примене материјалног кривичног права, услове за његову примену треба прописати кривичним материјалним а не процесним законом, попут решења у упоредном праву. ⁷⁰⁰ Да ли ће због извршеног кривичног дела бити примењена казна или нека друга кривична санкција требало би да зависи од кривичног права, а не од тога која ће форма поступка бити примењена. ⁷⁰¹ Уз услове треба прописати и циљ условљеног одлагања кривичног гоњења: да се опроштај гоњења и

⁶⁹⁷ Види чл. 236. ст. 4. Законика о кривичном поступку из 2001. године.

⁶⁹⁸ Ова могућност била је уведена новелом из 2009. године (види чл. 61. ст. 5. Закона о изменама и допунама Законика о кривичном поступку - "Сл. гласник РС", бр. 72/2009 од 3. септембра 2009. године).

⁶⁹⁹ Упореди: Зоран Стојановић, „Поједностављене формме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2009), стр. 26.

⁷⁰⁰ Види чл. 8. параграф 1 швајцарског ЗКП-а

⁷⁰¹ З. Стојановић, „Поједностављене формме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2009), стр. 15.

налагање обавеза осумњиченом врши у јавном интересу, кад јавни тужилац оцени да би се тиме, уместо изрицањем кривичних санкција, постигла сврха кажњавања.

За случај да се пропишу законски услови за примену овог облика опортунитета гоњења и тада је потребно предвидети неки облик контроле његове примене. Контрола је потребна у циљу заштите права осумњичених и жртава извршеног кривичног дела, зато што недостатак прописаних законских услова за примену условног одлагања кривичног гоњења, уз истовремено одсуство било какве спољне контроле, било од стране оштећеног или суда, ствара објективне услове за произвољно и арбитрерно⁷⁰² поступање јавних тужилаца. Мислимо да унутрашња контрола, у оквиру јавнотужилачке организације не би била довољна ни адекватна, па макар била организована као двостепено одлучивање од стране вишег јавног тужиоца, како се то у неким радовима предлаже.⁷⁰³ Контрола опортунитета у оквиру општег надзора вишег јавног тужиоца је недовољна, јер он објективно није у могућности да се упусти у детаљну анализу оправданости примене у сваком конкретном случају већ само спорадично. Ни приговор оштећеног вишем јавном тужиоцу не би био адекватно решење, зато што контрола примене опортунитета не би била извесна, а не би била ни делотворна. Усвајањем приговора виши јавни тужилац би фактички признао да његов надзор над радом нижег јавног тужиоца није био квалитетан, а ако је у тој ствари већ био консултован да ли има места примени опортунитета, одлучивање по приговору оштећеног не би имало смисла.

Из наведених разлога решење треба тражити у спољашњој контроли и то од стране суда. Судска контрола је неопходна и стога што јавни тужилац нема уставни капацитет за опроштај кривичног гоњења и кажњавања. Према Уставу⁷⁰⁴ и Закону о јавном тужилаштву⁷⁰⁵, јавни тужилац је самостални државни орган установљен да гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела. Видљиво је да јавно тужилаштво као

⁷⁰² И иначе се у кривичноправној теорији сматра да процесноправна решења омогућавају флексибилнији приступ од декриминализације појединих дела, у смислу да се у неким случајевима примењују материјално-правна решења, а у другим не, али такав флексибилнији приступ омогућава и арбитрерност. (Види: З. Стојановић, „Поједностављене формме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2009), стр. 15.

⁷⁰³ Види. Ј. Киурски, *Начело опортунитета кривичног гоњења (докторска дисертација)* (Београд: Правни факултет у Београду, 2015), стр. 118 и 119; С. Бејатовић, „Опортунитет кривичног гоњења и нови ЗКП РС“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2012), , стр. 136. и други.

⁷⁰⁴ Члан 156. ст. 1. Устава Србије.

⁷⁰⁵ Члан 2. ст. 1. Закона о јавном тужилаштву Србије ("Службени гласник РС", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011, 101/2011, 38/2012 (Одлука Уставног суда), 121/2012, 101/2013, 111/2014 – Одлука Уставног суда, 117/2014, 106/2015, 63/2016 – Одлука Уставног суда).

управно-правосудни орган није установљено да врши судску власт, па ни у области кривичног правосуђа. Да би за вршење кривичног правосуђа уставом биле овлашћене и друге несудске јурисдикције, оне би морале бити снабдевене свим потребним гаранцијама за правилно и законито вршење кривичног правосуђа.⁷⁰⁶ Мисли се да би за вршење те функције било потребно да јавно тужилаштво Уставом буде установљено као правосудни орган који би био независан и непристрасан, будући да према постојећој уставној регулативи те атрибуте не задовољава.

Не стоји критика да је судска контрола опортунитета концепцијски неприхватљива пошто је функција кривичног гоњења искључиво у рукама тужиоца, зато што суд у ту функцију и не задире; јавни тужилац је једини који има право и дужност да по начелу легалитета предузме кривично гоњење, односно да га не предузме, кад се за то стекну, односно не стекну законом прописани услови. Код примене опортунитета гоњења суштина је опраштање гоњења, односно кажњавања за извршено кривично дело, што у крајњем има за последицу сужење граница примене материјалног кривичног права, а за то може бити овлашћен само независан и непристрасан државни орган, а то је суд а не јавни тужилац. Осим тога, да судска контрола примене опортунитета није концепцијски неспојива са функцијом кривичног гоњења коју врши тужилац, може се закључити из упоредног права, где је предвиђена претходна сагласност суда за примену опортунитета од стране јавног тужиоца, као што је нпр. законодавство Немачке,⁷⁰⁷ које је и било узор приликом увођења условног одлагања кривичног гоњења у наше кривично процесно право. На крају, сагласност суда на условно одлагање кривичног гоњења не може се *a priori* сматрати погрешним законским решењем, јер се судска контрола, између осталог, може посматрати као гаранција јавног интереса и једнакости грађана пред законом, али и као делотворан метод правне заштите оштећеног.⁷⁰⁸

Са увођењем сагласности суда на одлуку јавног тужиоца о условном одлагању кривичног гоњења, треба решити и нека процесна питања која су се јавила у

⁷⁰⁶ Т. Васиљевић – М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2002), стр. 453.

⁷⁰⁷ Види §153, §153а, §153б и §153е StPO.

⁷⁰⁸ Војислав Ђурђић, „Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка“, у: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције* (Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2009а), стр. 101.

правосудној пракси када је та сагласност била прописана законом.⁷⁰⁹ Треба најпре предвидети у ком моменту јавни тужилац треба да прибави сагласност суда, пре одлуке о одлагању гоњења или пошто је већ донесе, или чак пошто се цео поступак одлагања заврши и јавни тужилац донесе решење о одбацивању кривичне пријаве. Затим, треба прописати да се одлука којом се даје сагласност доноси у форми решења, да сагласност даје ванпретресно веће или судија за претходни поступак, те да против тог решења није допуштена жалба. У целини гледано поступак давања судске сагласности треба да буде уређен тако да спречи примену опортунитета кад то није у јавном интересу а истовремено да не буде препрека за опроштај кривичног гоњења кад томе по закону има места.

2. ОДБАЦИВАЊЕ КРИВИЧНЕ ПРИЈАВЕ ИЗ РАЗЛОГА ПРАВИЧНОСТИ

Јавни тужилац је овлашћен да примени и други облик опортунитета, који је предвиђен за кривична дела за која је прописана новчана казна или казна затвора до три године (чл. 284 ст. 3). Мада је са кривичноправног аспекта реч о стварном кајању, овај облик се у теорији кривичног процесног права назива опортунитет кривичног гоњења из разлога правичности. За разлику од условног одлагања гоњења, за примену овог облика опортунитета у закону су прописани услови. Да би јавни тужилац могао да одбаци кривичну пријаву из разлога правичности, потребно је да буду испуњени следећи услови: 1) да се осумњичени стварно каје, 2) да је због тога спречио наступање штете или је штету већ у потпуности накнадио и 3) да јавни тужилац оцени да изрицање кривичне санкције према околностима случаја не би било правично. Потребно је да сва три услова буду испуњена кумулативно, да би јавни тужилац могао да одбаци кривичну пријаву. Међутим, кад се испуне ови услови, није обавезно одбацивање кривичне пријаве. Јавни тужилац цени у свакој ситуацији да ли је то целисходно према околностима конкретног случаја.

У погледу прописаних услова, ипак се мора приметити да иако су прописани законски услови потребни за примену опортунитета из разлога правичности, они садрже прилично тзв. „каучук појмова“, као што су „стварно кајање“, „околности случаја“ или „правично“, који због своје општости могу довести до различих

⁷⁰⁹ О неједнаком поступању и проблемима у практичној примени условног одлагања кривичног гоњења види: Станко Бејатовић и др. , *Примена начела опортунитета у пракси - изазови и препоруке* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2012), стр. 61, 62, 162 и 163.

поступања у пракси.⁷¹⁰ Због тога су нека ексјугословенска законодавства један облик безусловног опортунитета са условима одређеним „каучук“ појмовима, заменили са више облика безусловног опортунитета настојећи да прецизније одреде услове за њихову примену.⁷¹¹

Положај оштећеног је исти као код условног одлагања кривичног гоњења. То значи да оштећени ни у поступку примене безусловног опортунитета из разлога правичности не учествује нити има право притужбе вишем јавном тужиоцу, јер се по изричитој законској заповести не примењује члан 51. став 2. ЗКП.

У погледу контроле примене опортунитета, аналогно важи све што је речено код условног одлагања кривичног гоњења.

3. ДЕЈСТВО НАЧЕЛА *NE BIS IN IDEM* НА ОДЛУКЕ О ОДБАЦИВАЊУ КРИВИЧНЕ ПРИЈАВЕ ПО ОСНОВУ ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА

После увођења јавнотужилачке истраге, постало је интересантно могу ли одлуке јавног тужиоца у предистражном и претходном поступку стећи правну снагу. Другим речима, да ли се и на те одлуке јавног тужиоца распростире важење начела *ne bis in idem*. Посебно је интересантно и значајно да ли одлука о одбацивању кривичне пријаве може стећи правну снагу. Од решавања ових питања зависи положај јавног тужиоца у поступку решавања кривичне ствари, али у извесном смислу и каква је природа јавног тужилаштва као државног органа.

Као што смо у излагању о одбацивању кривичне пријаве у предистражном поступку већ објаснили, кад се ради о одбацивању пријаве по начелу легалитета (чл. 284. ст. 1.), неподељено је мишљење да та одлука јавног тужиоца не мора бити дефинитивна и да не може постати правноснажна. Без обзира што је решењем одбацио кривичну пријаву (против којег није допуштена жалба), јавни тужилац може покренути истрагу или подићи оптужбу у истој кривичној ствари, тј. против истог лица за исто кривично дело, и то без одлуке суда о дозволи понављања, а то може учинити све до застарелости кривичног гоњења за то кривично дело.⁷¹² У правосудној пракси се сматра

⁷¹⁰ Упореди: Ј. Киурски, *Начело опортунитета кривичног гоњења (докторска дисертација)* (Београд: Правни факултет у Београду, 2015), стр. 106.

⁷¹¹ Види чл. 206 с Законика о кривичном поступку Хрватске.

⁷¹² Види: С. Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 51; С. Бркић,

да двостепеност у одлучивању и могућа хијерархијска контрола одлуке јавног тужиоца поводом приговора оштећеног, управо „потврђују закључак да је одбацивање кривичне пријаве интерна одлука јавног тужиоца“, која по приговору оштећеног или изузетно након прибављања нових доказа може бити промењена.⁷¹³

Кад је реч о одбацивању кривичне пријаве по основу опортунитета кривичног гоњења, ствари стоје другачије, због саме суштине ове одлуке. Док у првом случају кривичног поступка уопште није могло бити, јер недостају законске претпоставке или постоје процесне сметње, у случају примене опортунитета кривични поступак би се могао покренути јер за то има законских услова, али јавни тужилац процењује да је то нецелисходно са становишта јавног интереса. То значи да одлука јавног тужиоца донета у диверзином поступку „замењује“ судску одлуку која би била донета у кривичном поступку. Због ове суштинске разлике између ове и одлуке о одбацивању кривичне пријаве по начелу легалитета, и поставља се питање важи ли начело *ne bis in idem* у односу на решење о одбацивању кривичне пријаве по основу начела опортунитета.

Да би дали одговор, треба укратко објаснити шта је суштина начела *ne bis in idem* и протумачити његову уставну и законску регулативу. У теорији кривичног процесног права сматра се да је начело *ne bis in idem* верификовано право на правну сигурност⁷¹⁴ и да је његова суштина забрана поновног суђења истом окривљеном, против кога је за исто кривично дело већ правноснажно окончан кривични поступак, и забрану да се против једног лица једновремено воде два кривична поступка.⁷¹⁵ За важење начела *ne bis in idem* треба да постоји идентит између новооптужене и правноснажно пресуђене кривичне ствари, односно између кривичне ствари у којој је већ предузето кривично гоњење и кривичне ствари по којој тужилац поново предузима гоњење. У оба ова поља важења забране двоструке угрожености, за закључак да се ради о истој кривичној ствари, потребно је постојање истоветности дела (објективни идентитет) и истоветности учиниоца (субјективни идентитет). Уколико се испуне ове

Кривично процесно право - II (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 53; стр. 377, и др.

⁷¹³ Г. Илић, „Преглед измена и допуна Закона о јавном тужилаштву и нови ЗКП“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца, 2014), стр. 196.

⁷¹⁴ Саша Кнежевић, „Међународноправни стандарди забране двоструке угрожености „, у: *Право и друштвена стварност* (Косовска Митровица: Правни факултет, 2014), стр. 257.

⁷¹⁵ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Општи део* (Ниш: Правни факултет, 2014), стр. 99. и 100; С. Кнежевић, „Међународноправни стандарди двоструке угрожености“, у: *Право и друштвена стварност* (Косовска Митровица: Правни факултет, 2014), стр. 257; И. Илић – Ј. Веселиновић, „Тумачење дејства начела *Ne bis in idem* у пракси Европског суда за људска права“, *Годишњак Факултета безбедности*, 2016), стр. 251.

претпоставке, окривљени може истаћи приговор пресуђене ствари (*res iudicata*) ако тужилац подигне поново оптужбу или паралелну оптужбу.

Забрана *ne bis in idem* предвиђена је као гаранција, односно правни стандард у међународним документима о људским правима – у Међународном пакту о грађанским и политичким правима (чл. 14. ст. 7), у чл. 4. Протокола 7. уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних.⁷¹⁶ Забрану прокламује и наш Устав, а уставна дефиниција је посебно значајна за предмет наше расправе јер одређује границе њеног важења. У Уставу је начело *ne bis in idem* прокламовано одредбама чл. 34. ст. 4, а формулација ове гаранције гласи „нико не може бити гоњен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку“. Ову формулацију, у основи преузима Законик о кривичном поступку, с тим што је законодавац покушао да је мало поправи и прилагоди тако што изоставља израз „ни кажњен“, а појам „пресуда“ замењује ширим појмом „судска одлука“. То се може видети из законске формулације, која гласи: „Нико не може бити гоњен за кривично дело за које је одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен“ (чл. 4. ст. 1. ЗКП).

Из ове уставне и законске формулације забране могу се извући следећи закључци: Прво, забрана поновног суђења везује се за одлуке донете у покренутом и окончаном кривичном поступку. Друго, из употребљених појмова и дикције правне норме следи да су основ забране само судске одлуке,⁷¹⁷ а не и евентуалне одлуке других органа поступка. И треће, забрана се односи на мериторне и процесне одлуке којима се окончава започети кривични поступак.

Кад се сада узме у обзир решење о одбацивању кривичне пријаве због нецелисходности кривичног гоњења, закључак би био да нема одлике оних одлука које су претпоставка за дејство забране *ne bis in idem*, односно закључак је да не одговара наведеним нормативним условима за важење начела *ne bis in idem*. Наиме, решење о

⁷¹⁶ Члан 4. ст. 1. Протокола 7 гласи: „Никоме се не може поново судити, нити се може поново казнити у кривичном поступку у надлежности исте државе за дело због кога је већ био правноснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичном поступком те државе.“. У другом ставу прописан је изузетак од забране: „Одредбе претходног става не спречавају поновно отварање поступка у складу са законом и кривичним поступком дате државе ако постоје докази о новим и новооткривеним чињеницама, или је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла да утиче на његов исход.“

⁷¹⁷ Исто тако: Тајјана Бугарски, „Жалба на решење“, у: *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије* (Београд: Удружење јавних тужилаца, 2016), стр. 216.

примени опортунитета не доноси се у кривичном већ у диверзионом поступку. Затим, не доноси га суд већ јавни тужилац. Осим тога, не може се разврстати ни у мериторне ни у процесне одлуке којима се окончава кривични поступак, зато што их „замењује“. Сажето речено, према слову закона, забрана *ne bis in idem* нема дејство на одлуке јавног тужиоца о примени начела опортунитета. То би значило, формално посматрано, да нема забране да јавни тужилац после примене начела опортунитета ипак предузме кривично гоњење против истог лица за исто кривично дело. Међутим, такво поступање је противно правничкој логици, било би неправично и носило би у себи елементе злоупотребе. Због тога се не може очекивати да ће јавни тужиоци у пракси покретати кривични поступак након одлуке о примени опортунитета, јер би то била својеврсна злоупотреба и зато је тешко реално замисливо.⁷¹⁸

У погледу дејства начела *ne bis in idem*, општи закључак би био да постоји правна празнина јер уставном прокламацијом и законском нормом нису обухваћене одлуке јавног тужиоца о примени опортунитета кривичног гоњења. С правом се констатује да би било оправдано „прихватање још ширег одређења које би у елемент „bis“, поред правноснажних судских одлука, укључило и остале одлуке којима је поступак коначно завршен, као и вансудске нагодбе у преткривичном поступку.“⁷¹⁹ Сврсисходно је стога у будућим уставним и законским реформама распростраити дејство овог начела и на одлуке донете у диверзионој форми поступка решавања кривичних ствари.

На основу изнете анализе, са становишта положаја јавног тужиоца, може се закључити да јавни тужилац има власт да одлучује о примени кривичне репресије у диверзионој форми поступка, али те његове одлуке, формално гледано, не могу постати *res iudicata*. Норме о опортунитету кривичног гоњења омогућавају јавном тужиоцу да има квази-судску улогу поводом извршених кривичних дела, а уставне и законске норме о забрани *ne bis in idem* такав његов положај анулирају. Међутим, како је такво нормативно стање правно неодрживо,⁷²⁰ у пракси ће одлуке јавног тужиоца о примени

⁷¹⁸ М. Шкулић, „Начело опортунитета кривичног гоњења и (не) деловање начела *ne bis in idem*“, *Правни информатор*, 10 (2015), стр. 28.

⁷¹⁹ И. Илић – Ј. Веселиновић, „Тумачење дејства начела *Ne bis in idem* у пракси Европског суда за људска права“, *Годишњак Факултета безбедности*, 2016), стр. 258.

⁷²⁰ Из истог разлога и зато што се односи само на кривичне поступке, критикована је формулација начела *ne bis in idem* садржана у чл. 50. Повеље о основним правима Европске уније (Charter of Fundamental Rights of the European Union - Official Journal 2000/C 364/01, доступно на http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf). Зато је Макс Планк институт за страну и међународно кривично право оформио стручну комисију, која је сачинила тзв. Фрајбуршки предлог о сукобу надлежности и забрани вишеструког гоњења у ЕУ5, према којем би се забрана односила на

опортунитета производити дејство као да су стекле правну снагу, те остаје раније изнет закључак да јавно тужилаштво са увођењем и ширењем начела опортунитета поприма атрибуте судског органа који пресуђује кривичну ствар пре суђења.

управне и казнене поступке, националне и европске, а коришћена је синтагма „правноснажно одлучено“, чиме се дејство начела распростире на сваку одлуку којом је поступак коначно завршен. (И. Илић, 2011), стр. 623, 624.

VIII. ШИРЕЊЕ УПРОШЋЕНИХ ФОРМИ КРИВИЧНОГ ПОСТУПКА

Реформе кривичнопроцесних законодавстава које се последњих деценија спроводе карактерише рационализација и упрошћавање кривичнопроцесних форми, с циљем да се убрза кривични поступак. Законодавци беже из општег у изузетан поступак кад год желе да постигну брзину у суђењу одређених кривичних дела.⁷²¹ Поред изостављања фаза које претходе главном претресу, последње реформе прибегавају окончању кривичног поступка без одржавања главног претреса, кроз различите облике диверзионих, консесуалних⁷²² и других упрошћених форми.⁷²³ И српски законодавац је 2001. године, поред сумарног кривичног поступка који је до тада постојао, увео још два облика упрошћених форми којима се избегава изношење кривичне ствари на главни претрес, чиме се и код нас прихвата тренд ширења упрошћених форми кривичног поступка. Тиме је и у Србији дефинитивно *срушен постулат* традиционалног мешовитог типа кривичног поступка да *нема пресуђења без главног претреса*.⁷²⁴

Наш законодавац је реформом кривичног поступка 2011. од раније постојећих укинуо једну упрошћену форму (поступак за кажњавање и изрицање условне осуде од стране истражног судије),⁷²⁵ једну преименовао и преуредио (поступак за кажњавање пре главног претреса),⁷²⁶ док је у традиционални скраћени поступак унео извесне измене, а консесуалну процесну форму (односно страначки споразум) концепцијски изменио и њене облике умножио. Предмет наше пажње биће сумарни поступак, рочиште за изрицање кривичне санкције и поступци пресуђења на основу страначких споразума. Међутим, ни ови поступци неће бити предмет свеобухватне анализе што би превазишло обим дисертације, јер свака од ових упрошћених процесних форми може бити предмет самосталног научног истраживања, него ћемо се задржати на

⁷²¹ Тихомир Васиљевић, „Значај брзине и узроци спорости кривичног судског поступка“, *Архив за правне и друштвене науке*, 2 (1941), стр. 91.

⁷²² О страначким споразумима као упрошћеној процесној форми у упоредном праву види: Кнежевић Саша, „Консесуалне форме одлучивања у преткривичном и кривичном поступку“, *Правни живот*, 9 (2011), стр. 878-883.

⁷²³ О појму, основама и врстама упрошћених форми, види изванредну теоријску расправу: Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2004), стр. 165-471.

⁷²⁴ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 290.

⁷²⁵ Види чл. 455. до 458. ЗКП из 2001. године.

⁷²⁶ Види чл. 449. до 454. ЗКП из 2001. године.

најзначајним променама законске регулативе од утицаја на положај јавног тужиоца у овим посебним поступцима.

1. ПРОМЕНЕ ПРОЦЕСНОГ ПОЛОЖАЈА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У СКРАЋЕНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Структура и концепција скраћеног поступка, сада нормирана у глави XX процесног законика, остала је иста али је прилагођена радикалним променама редовног кривичног поступка, установљеној јавнотужилачкој истрази и адверзијалном моделу кривичног поступка. Ми ћемо се задржати на оним изменама закона које су од утицаја на положај јавног тужиоца у овом посебном кривичном поступку. Као новине у том правцу сматрамо: а) укидање супсидијарне тужбе у случају неактивности јавног тужиоца; б) наређивање суда јавном тужиоцу да предузме доказне радње, в) обавезно присуство јавног тужиоца главном претресу и г) увођење јавнотужилачких сарадника у процесне субјекте.

а) Вршење кривичног гоњења од стране јавног тужиоца било је по ранијим прописима под контролом суда приликом покретања кривичног поступка, али и под контролом оштећеног, који је могао постати супсидијарни тужилац, не само кад јавни тужилац у покренутом кривичном поступку одустане од кривичног гоњења, већ и за случај његове неактивности после поднете кривичне пријаве. Наиме, ако јавни тужилац у року од месец дана по пријему кривичне пријаве оштећеног није поднео оптужни предлог нити обавестио оштећеног да је одбацио кривичну пријаву, оштећени је имао право да као супсидијарни тужилац предузме гоњење подношењем оптужног предлога.⁷²⁷

Насупрот овом решењу, законодавац се у последњој реформи определио за идеју да оштећени не може постати супсидијарни тужилац пре него започне кривични судски поступак, односно може постати само ако јавни тужилац одустане од подигнутог оптужног акта у започетом судско поступку (то би у сумарном поступку значило кад јавни тужилац одустане од оптужног предлога после заказивања главног претреса). Сагласно тој идеји, укинута је могућност наступања супсидијарне тужбе због неактивности јавног тужиоца после поднете кривичне пријаве. Зато је јавни тужилац постао апсолутни господар функције кривичног гоњења за сва кривична дела за која се

⁷²⁷ Види чл. 437. ЗКП из 2001. године.

води сумарни кривични поступак. Због неактивности јавног тужиоца оштећени нема ни право притужбе вишем јавном тужиоцу, већ то право има само кад јавни тужилац одустане од кривичног гоњења до заказивања главног претреса (чл. 497. ст. 2). Очито је да је оштећени у лошијем положају него што је раније био, а да власт јавног тужиоца над кривичном тужбом јача.

б) Јавни тужилац подноси суду оптужни предлог и захтева покретање сумарног поступка, а судија појединац врши судску контролу оптужбе по службеној дужности у свакој кривичној ствари. Судија може из законом предвиђених разлога одбацити или одбити оптужни предлог, или заказати главни претрес, али и наложити тужиоцу предузимање одређених доказних радњи. Наиме, кад судија утврди да је потребно боље разјашњење стања ствари да би се испитала основаност оптужног акта, *наредиће да се предузму одређене доказне радње* или да се прикупе одређени докази. Јавни тужилац (као и приватни тужилац) је дужан да у року од 30 дана предузме одређене доказне радње, односно да прикупи одређене доказе, али на његов захтев, тај рок му суд може продужити. Уколико јавни тужилац пропусти овај рок, дужан је да о разлозима пропуштања обавести вишег јавног тужиоца (чл. 501. ст. 5-8).

Из приказаних нових одредби може се извести неколико закључака. Прво, у случајевима кад судија појединац сматра да је потребно спровести неку радњу, законско решење је остало исто као по ранијим прописима, само што судија сада тражи од јавног тужиоца да предузме доказну радњу, док је по ранијим прописима тражио од истражног судије да спроведе истражне радње⁷²⁸ (као да је само замењен орган, уместо истражног судије, наређује се јавном тужиоцу). Друго, питање је колико је такво решење у складу са начелом оптужбе и јавнотужилачком природом истраге, односно претпретресних фаза. У том погледу аналогно важи све што смо рекли за наређивање да се истрага допуни или спроведе приликом судске контроле оптужбе у редовном кривичном поступку. Треће, јавни тужилац се третира не као странка већ као државни орган који врши кривично гоњење. Закључак прозилази из чињенице да нема никаквих процесних последица ако јавни тужилац прекорачи рок за предузимање радње коју му је наредио суд, за разлику од приватног тужиоца који се третира као странка па кад пропусти остављени му рок, сматра се да је одустао од кривичног гоњења и суд оптужбу одбија (чл. 501. ст. 8). Укратко, за јавног тужиоца је то инструкциони а за приватног тужиоца преклузивни рок.

⁷²⁸ Види чл. 439. ЗКП-а из 2001. године.

в) Према ранијим прописима, најзначајнија одступања у односу на редовни поступак била су предвиђена у погледу претпоставки за одржавање главног претреса, што је утицало на упрошћавање самог тока претреса. Пошто присуство странака није било обавезно, заказани главни претрес могао се одржати без обзира на одсуство једне или обеју странака. Главни претрес у сумарном поступку могао се одржати и ако не дође јавни тужилац који је уредно позван. У том случају *оштећени* је имао право да на главном претресу *заступа оптужбу у границама оптужног предлога*,⁷²⁹ али оштећени тиме није постајао супсидијарни тужилац. Осим што је имао право да заступа оптужбу (не и дужност), није био овлашћен да уместо јавног тужиоца располаже кривичном тужбом, а то значи да није могао да одустане од оптужбе, да је измени или прошири. (Главни претрес се могао држати и без присуства супсидијарног или приватног тужиоца, под условом да је суду ставио предлог да се главни претрес одржи у његовом одсуству). За одржавање главног претреса *без присуства окривљеног*, било је потребно да се испуне следећи услови: да је окривљени уредно позван или му се позив није могао уручити због непријављивања суду промене адресе, односно боравишта; да његово присуство није нужно и да је пре тога саслушан.⁷³⁰

По новом законском решењу, главни претрес се начелно више не може одржати без присуства јавног тужиоца.⁷³¹ То практично значи да се уместо ранијег прилично комотног положаја јавног тужиоца, који је после сачињавања оптужног предлога могао да препусти оштећеном заступање оптужбе на главном претресу, јавни тужилац се устоличава као класична кривичнопроцесна странка без чије активности нема главног претреса. У ствари, и ово решење има смисао адверзијализације сумарног кривичног поступка. Зато се може рећи да јавни тужилац у сумарном поступку има иста овлашћења и обавезе као у редовном кривичном поступку, те у том погледу нема упрошћавања поступка. Обавезно присуство јавног тужиоца главном претресу у крајњем ће бити од утицаја на повећање ефикасности главног претреса, па самим тим и читавог сумарног поступка, зато што ће јавни тужилац квалитетније и професионално заступати оптужбу, за разлику од оштећеног.

⁷²⁹ Види чл. 445. ст. 1. ЗКП-а из 2001. године.

⁷³⁰ Види чл. 445. ст. 3. ЗКП из 2001. године.

⁷³¹ Треба нагласити да је и сада могуће да се главни претрес изузетно одржи у одсутности позваних странака али само у случају кад судија оцени да би се, према доказима који се налазе у списима, очигледно морало донети решење којим се оптужба одбацује или одбијајућа пресуда (чл. 506. ст. 6).

г) До сада је функцију оптужбе у кривичном поступку непосредно вршио јавни тужилац или је ту функцију остваривао преко свог заменика. Важећи закон уводи новину да јавни тужилац може предузимати радње „и преко тужилачког сарадника“, у поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора до пет година, односно „преко вишег тужилачког сарадника“, у поступку за кривично дело за које је прописана казна затвора до осам година (чл. 48. ст. 1). Увођење јавнотужилачких сарадника у процесне субјекте вероватно је учињено с циљем да се надомести недостатак јавнотужилачког кадра, боље речено недостатак довољног броја заменика јавних тужилаца, али изгледа и да се успостави „равнотежа“ са адвокатским приправницима, који већ традиционално заступају одбрану код лакших кривичних дела (чл. 73. ст. 2). Међутим, увођење тужилачких сарадника у круг субјеката који могу да предузимају радње у кривичном поступку у нескладу је са организационим прописима о јавном тужилаштву и у супротности је са уставним нормама о јавнотужилачкој функцији.⁷³²

У Закону о јавном тужилаштву у одредбама о значењу израза употребљених у овом закону, експлицитна је одредба: "Јавнотужилачка функција" је функција јавног тужиоца и функција заменика јавног тужиоца" (чл. 11. ст. тач. 1. ЗЈТ). Очигледна је неусклађеност процесног законика, који јавнотужилачку функцију распростире и на тужилачке сараднике, са организационим прописима, који их не уврштају ни у носиоце ни у вршиоце јавнотужилачке функције.

Тужилачки сарадници се не помињу ни у уставним одредбама о вршењу јавнотужилачке функције. Уставна је норма да „функцију јавног тужилаштва врши јавни тужилац“, а да „заменик јавног тужиоца замењује јавног тужиоца у вршењу тужилачке функције и дужан је да поступа по његови упутствима“ (чл. 159. ст. 1. и 4). Зато што је уставним нормама лимитиран круг субјеката који врше тужилачку функцију на јавне тужиоце и њихове заменике, увођење тужилачких сарадника у вршиоце тужилачке функције, учињено важећи процесним закоником, у директној супротности са Уставом.

Због неуставности одредбе Законика о кривичном поступку из члана 48. ст. 1, којима су у субјете који врше тужилачку функцију уврштени јавнотужилачки сарадници, треба укинути, а проблем мањка јавнотужилачког кадра решавати именованем нових заменика јавног тужиоца до потребног броја. И иначе,

⁷³² Г. Илић, „Преглед измена и допуна Закона о јавном тужилаштву и нови ЗКП“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца, 2014).

организационо кадровске проблеме не треба решавати прописима кривичног процесног права, а не сме се решавати на начин противан Уставу.

2. ДОМИНАНТНИ ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПРЕСУЂЕЊА НА ОСНОВУ СТРАНАЧКИХ СПОРАЗУМА

До реформе кривичног процесног законодавства из 2011. године, постојао је само један страначки споразум на основу кога је суд могао пресудити утужено кривично дело, под називом споразум о признању кривице. Сада уместо тог једног, предвиђена су три споразума: споразум о признању кривичног дела, споразум о сведочењу окривљеног и споразум о сведочењу осуђеног. Ипак, треба подсетити да су одредбе које се односе на последња два споразума постојале и раније, али у оквиру других установа, посебних доказних радњи (чл. 504о-504ћ ЗКП/01) и поступка ублажавања казне осуђеном лицу (чл. 405а ЗКП/01).

2.1. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПРЕСУЂЕЊА НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О ПРИЗНАЊУ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

Поступак пресуђења на основу споразума о признању кривичног дела представља једну упрошћену процесну форму, чији је основ споразум странака, а циљ брже и сигурније изрицање пресуде на бази узајамних уступака странака.⁷³³ Споразум се закључује у писменој форми, а приликом закључења окривљени мора имати браниоца. Према закону, јавни тужилац и окривљени могу закључити споразум од доношења наредба о покретању истраге до завршетка главног претреса (чл. 313. ст. 1). Споразум се подноси суду, ако је закључен пре потврђивања оптужнице, подноси се судији за претходни поступак, а после потврђивања, председнику судећег већа. Законом је одређен обавезни и могући садржај споразума (чл. 314), који у суштини обухвата признање окривљеног да је учинио кривично дело за које се терети, а с друге стране, бенефиције које му се нуде од стране јавног тужиоца, изражене у врсти и мери кривичне санкције. О споразуму се одлучује на посебном рочишту, на коме присуствују странке. Суд може споразум одбацити (чл. 316), одбити (чл. 318) и потврдити (чл. 317), под законом прописаним условима. Против пресуде којом се потврђује споразум и

⁷³³ С. Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2004), стр. 438.

оптужени оглашава кривим допуштена је жалба из посебно законом предвиђених разлога, везаних за споразум (чл. 319).

Кад се споразум о признању кривичног дела посматра у целини, може се рећи да је законодавац у највећем делу преузео одредбе раније важећег законика, с тим што их је преуредио и пресистематизовао. Међутим, има и суштинских промена, од којих су за положај јавног тужиоца значајне следеће: а) проширење обима примене споразума; б) снижење квалитета доказа о признању окривљеног; в) уговарање распона казне; и г) жалба против осуђујуће пресуде донете на основу споразума.

а) Од првог увођења⁷³⁴ у кривичнопроцесно законодавство обим примене се са сваком реформом ширио на већи број кривичних дела,⁷³⁵ да би последњом реформом кривичног поступка досегао максималан ниво. Сада јавни тужилац може закључити споразум о признању кривичног дела за сва кривична дела која се гоне по службеној дужности. То произилази из одредбе чл. 313. ст. 1., у којој је предвиђено само у којој фази поступка се споразум може закључити, без икаквих ограничења у погледу кривичних дела, али и из чињенице да је брисано раније законско ограничење везано за тежину кривичних дела.

Омогућавање закључења споразума за сва кривична дела без обзира на прописану казну, образложено је чињеницом да је ограничавање споразума на кривична дела одређене тежине "супротно природи и циљевима овог института."⁷³⁶ Такво значајно ширење страначког споразума подржано је од практичара, посебно них из тужилаштва посебне надлежности, који у прилог законског решења наводе значајно убрзање поступка и прогресиван тренд примене споразума у пракси.⁷³⁷

Ширење споразума о признању кривичног дела предмет је оправдане критике, нарочито међу теоретичарима кривичног процесног права, који са разлогом истичу да овај вид поједностављеног поступка "своју примену треба да нађе пре свега код

⁷³⁴ Законом о кривичном поступку из 2006. године ("Службени гласник РС", бр. 46/2006), који је ступио на снагу а никад се није примењивао, први пут је у српски кривични поступак уведен споразум о признању кривице и могао се закључити за кривична дела са запређеном казном зтвора *до десет година* (чл. 304. ст. 1).

⁷³⁵ Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку из 2009. године ("Сл. гласнику РС", бр. 72/2009), било је предвиђено да се споразум о признању кривице могао закључити за кривична дела са прописаном казном затвора *до дваанаест година* (чл. 282а ст. 1. ЗКП/01).

⁷³⁶ Г. П. Илић и др., *Коментар Законика о кривичном поступку* (Београд: Службени гласник, 2013), стр. 666.

⁷³⁷ Види, нпр. Миљко Радисављевић – Предраг Петковић, „Искусства Тужилаштва за организовани криминал у примени института споразума о признању кривичног дела“, у: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима* (Београд: Мисија ОЕБС у Србији, 2013), стр. 156-158.

кривичних дела која припадају групи тзв. лакшег и средњег криминалитета."⁷³⁸ Против неограничене примене овог споразума још се наводи: споразум странака представља једну упрошћену форму, а оне су намењене решавању лакших кривичних дела; затим, упрошћене форме почивају на сразмерности између редуцирања опште форме и предмета суђења; доња граница диференцијације испод које се не сме ићи су права процесних субјеката; против неограничене примене наводи се и број новоустановљених споразума, јер су поред споразума о признању кривичног дела прописана још два споразума, која служе откривању и доказивању најтежих кривичних дела.⁷³⁹ То што је споразум сада могућ у односу на било коју врсту кривичног дела, без обзира на његову тежину, представља значајну аномалију, јер се „може закључити и са окривљеним који је оптужен за силовање детета, вишеструко убиство итд,”⁷⁴⁰ што је неприхватљиво. Као критика неограниченој примени споразума о признању кривичног дела још се наводи да ограничење споразума на кривична дела са запрећеном казном до десет година затвора, „представља разумно решење, јер ипак овај институт у доброј мери потиरे јавноправни карактер кривичном делу“,⁷⁴¹ а право које даје окривљеном да диспонира кривичним делом, кривицом и казном, води својеврсној „реприватизацији“⁷⁴² кривичног поступка. На принципијелном, теоријском плану се наводи да је установљавање и прихватање неограничене примене споразума о признању кривичног дела (не и других споразума) могуће „само ако се кривични поступак схвати као парница, тј. да се његова сврха исцрпљује у решавању спора странака.“⁷⁴³

У погледу кривичних дела код којих се дозвољава закључење страначких споразума постоје различита решења у упоредном праву. И поред разлика у обиму примене, сва та законска решења могу се разврстати у две групе. Једну групу чине

⁷³⁸ Вања Бајовић, „Поједностављење форме поступања у кривичним стварима и суђење у разумном року“, у: *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2015), стр. 3; М. Шкулић – Г. Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије - како је пропала реформа* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2012)стр. 98.

⁷³⁹ Види: Станко Бејатовић, „Споразуми јавног тужиоца и окривљеног и нови ЗКП РС“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, 1-2 (2012), стр. 73 и 74.

⁷⁴⁰ М. Шкулић, „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)?“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2017), стр. 71.

⁷⁴¹ Drago Radulović, „Pojednostavljene forme postupanja u novom krivičnoprocesnom zakonodavstvu Crne Gore“, у: *Pojednostavljene forme postupanja u krivičnim stvarima* (Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji, 2013), str. 54.

⁷⁴² A. Eser, „Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava na putu ka 'reprivatiziranju' krivičnog postupka“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 1992, str. 167.

⁷⁴³ В. Ђурђић, „Споразум о признању кривичног дела“, у: *Људска права - између идеала и изазова садашњости* (Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици, 2016а), стр. 372.

законодавства која омогућавају закључење споразума за сва кривична дела, без обзира на запрећену казну. Тако је дозвољено у законодавству САД,⁷⁴⁴ као колевци страначког споразума које је извршило снажан утицај на европскоконтинентална законодавства, Босне и Херцеговине,⁷⁴⁵ те у Хрватској⁷⁴⁶. Другу групу чине законодавства која ограничавају примену споразума на кривична дела одређене тежине, а као лимит изнад којег споразум није допуштен узимају висину запрећене казне. У ову групу спадају законодавства Италије,⁷⁴⁷ где је споразум могућ само за дела са запрећеном казном затвора до три године.⁷⁴⁸ Исту границу налазимо у новом француском законодавству,⁷⁴⁹ док је у црногорском граница примене споразума постављена до десет година затвора.⁷⁵⁰

Полазећи од теоријских критика критика и узимајући у обзир законодавства развијених европских земаља која карактерише мешовити тип кривичног поступка, сматрамо да је обим примене споразума о признању кривичног дела прешироко одређен. За америчким моделом некритички су се повела само нека законодавства ексјугословенских земаља. Намеће се питање за која ће се кривична дела водити редовни кривични поступак, ако не за најтежа дела! Уосталом, добри познаваоци англоамеричког типа кривичног поступка кажу да се страначке нагодбе не могу помирити са низом важних процесних принципа на којима се темељи кривични поступак, и са тог становишта, она представља нужно зло, стога за њом треба и посезати „само кад је то нужно“.⁷⁵¹ Имајући у виду све ове разлоге, *de lege ferenda* обим примене споразума о признању кривичног дела треба свести на разумни ниво, тако да се успостави сразмера изеђу тежине кривичног дела и упрошћене форме у којој се пресуђује, и то постављањем горњег лимита до ког је споразум дозвољен путем висине прописане казне, који по нашем мишљењу не би требало да пређе десет година.

⁷⁴⁴ Опширније: Mirjan Damaška, „Napomene o sporazumima u kaznenom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1 (2004), стр. 9.

⁷⁴⁵ Опширније: Veljko Ikanović, „Pregovaranje o krivici nakon desetogodišnje primjene u Bosni i Hercegovini“, u: *Pojednostavljene formme postupanja u krivičnim stvarima* (Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji, 2013), стр. 182.

⁷⁴⁶ Види чл. 360. ЗКП Хрватске.

⁷⁴⁷ Види: Саша Кнежевић, „Консесуалне форме одлучивања у преткривичном и кривичном поступку“, *Правни живот*, 9 (2011), стр. 882.

⁷⁴⁸ Види: чл. 444. CPP (Codice di Procedura Penale); Опширније: Andrea Tassi, „Posebna postupanja“, u: *Talijanski kazneni postupak*, ur. Berislav Pavišić (Rijeka: 2002), стр. 199-201.

⁷⁴⁹ Опширније: М. Damaška, „Napomene o sporazumima u kaznenom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1 (2004), стр. 9.

⁷⁵⁰ Види чл. 300 ЗКП Црне Горе.

⁷⁵¹ М. Damaška, „Napomene o sporazumima u kaznenom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1 (2004), стр. 19.

Са ширењем споразума о признању кривичног дела на сва па и најтежа кривична дела, улога јавног тужиоца постаје још значајнија за пресуђење кривичних ствари и убрзање поступка у целини узев. Давањем неограничене могућности да закључи споразум за сва кривична дела, положај јавног тужиоца изузетно је ојачао „*Висина запрећене казне може бити снажно оружје у рукама јавног тужиоца* током преговора“, чиме се још више повећава већ постојећа фактичка неправда у преговорима између странака.⁷⁵² Међутим са неограниченим ширењем овог страначког споразума, све је већа и опасност од неоснованих осуда невиних. „Што је тежа запрећена казна и што је већа од органа поступка понуђена концесија, то је лакше замислити да и недужни окривљени могу оценити да им је рационално у интересу подузети акт самоопутживања“.⁷⁵³

б) Смањење квалитета доказног материјала потребног да признање кривичног дела буде правно ваљано, произилази из измењене одредбе о признању окривљеног (као услова за потврђивање споразума) и из чињенице да законодавац не предвиђа постојање оптужног акта као услова за подношење споразума суду.

Према ранијим прописима, за прихватање споразума било је потребно признање окривљеног и „да постоје и други докази који поткрепљују признање кривице окривљеног“.⁷⁵⁴ Сада је довољно „да постоје и други докази који нису у супротности са признањем окривљеног“ (чл. 317. ст. 1. тач. 3). Очито је снижење квалитета доказног материјала. То се најбоље може видети ако јавни тужилац закључи споразум са окривљеним одмах после покретања истраге, за шта је потребно да постоје само основи сумње о делу и учиниоцу. Практично постоје индиције али нема никаквих доказа који потврђују признање осумњиченог, а то значи да ће и такво признање бити релевантно и прихватљиво јер расположиви доказни материјал „није у супротности са признањем“.

За сачињавање споразума о признању кривичног дела и предају суду није потребно да јавни тужилац подигне оптужни акт, нити да тај оптужни акт буде потврђен. Из тог би се могло закључити да оптужба може бити заснована на нижем степену сумње него што је потребно за подизање оптужнице, односно оптужног предлога. У упоредном праву се може запазити да је потврђени оптужни акт услов да се

⁷⁵² Zvonimir Tomičić – Ante Novokmet, „Nagodbe stranaka u kaznenom postupku – dostignuća i perspektive“, *Pravni vjesnik*, 3-4 (2012), str. 182.

⁷⁵³ M. Damaška, „Napomene o sporazumima u kaznenom postupku“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1 (2004), стр. 14.

⁷⁵⁴ Члан 282 ст. 8 тач. 4 ЗКП/2001.

страначки споразум преда суду ради изрицања пресуде,⁷⁵⁵ или да постоје посебни поступци⁷⁵⁶ којима се споразум подвргава пре прихватања од стране суда.⁷⁵⁷

Кад се снижење квалитета доказа потребног за валидност признања доведе у везу са непредвиђањем потврђене оптужнице као услова за предају споразума суду, може се закључити да је сада за прихватање споразума о признању кривичног дела потребан доказни материјални нижег квалитета. Као да се назире идеја законодавца да је важније да се кривична ствар реши, него да ли је признање истинито. То са становишта јавног тужиоца значи да је потребно мање напора и ангажовања да прибави доказе и предузме одговарајуће доказне, пре него закључи споразум са окривљеним. То у приличној мери растеређује јавног тужиоца и олакшава му одлуку да закључи споразум са окривљеним. Међутим, не би по нашем мишљењу било препоручљиво да јавни тужилац закључује споразум о признању кривичног дела ако не располаже са доказним материјалом потребним за подизање оптужног акта, односно ако из њега не произлази степен оправдане сумње. Пошто суд има обавезу да одбије страначки споразум ако би оптужницу са доказима на којима се заснива, требало одбити или по њој поступак обуставити, поступак по члану (чл. 318 ст. 1). Са упућивањем на одредбе члана 338. ст. 1. ЗКП, законодавац практично посредно уводи услов да споразум о признању кривичног дела може бити прихваћен само ако су се стекли услови за потврђивање оптужнице.

Зато се у кривичнопроцесној теорији и сматра опортуним предвидети могућност преговарања о признању кривичног дела најраније од подизања одговарајућег оптужног акта, а закључење споразума од момента судске контроле оптужбе.⁷⁵⁸

в) Кад је реч о обавезним елементима споразума о признању кривичног дела, пажњу привлачи договор о врсти и висини кривичне санкције коју треба изрећи оптуженом. Новина је да се поред споразума о врсти и мери казне или друге кривичне санкције, јавни тужилац и оптужени могу договорити да кривичну санкцију одреде тако што ће се споразумети само „о распону“ казне (чл. 314. ст. 3). Разуме се да распон мора бити у границама посебног минимума и посебног максимума предвиђеног за

⁷⁵⁵ Види на пример чл. 361 ст. 2. ЗКП Хрватске и чл. 246 ст. 4 ЗКП Републике Српске.

⁷⁵⁶ Види: §257 StPO. За поступак хомологације споразума у француском поступку види: Elizabeta Ivičević, „*Plaider coupable - nova alternativa klasičnom kaznenom postupku u francuskom kaznenom pravu*“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 1 (2005), str. 206.

⁷⁵⁷ За италијански *patteggiamento* види: А. Tassi, „Posebna postupanja“, у: Talijanski kazneni postupak, ur. Berislav Pavišić (Rijeka: 2002), стр. 200.

⁷⁵⁸ И. Илић, „Споразум о признању кривичне у теорији, легислативи и пракси“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 68 (2012с), стр. 412.

конкретно кривично дело, и у складу са свим правилима о одмеравању казне прописаним материјалним кривичним правом.

Новина је интересантна са становишта реалне могућности да се оствари у постојећем моделу кривичног поступка, али и са становишта реалне потребе јавног тужиоца да уместо договора о прецизно одређеној врсти и мери кривичне санкције, предложи или прихвати предлог супротне странке „о распону“ казне.

У погледу реалне могућности да се препусти суду да у „распону“ о коме су се странке споразумеле одмери кривичну санкцију, треба најпре погледати упоредно право. Такво законско решење није уобичајено у упоредном праву, поготову кад се узму у обзир европска континентална законодавства, које карактерише прецизно договорена кривична санкција као елемент страначког споразума. Изгледа да је нашем законодавцу било узор законско решење из немачког процесног законика, али су испустили две кључне одлике. Прво, у немачком поступку је уговарање распона казне могуће, јер га странкама предлаже суд, који је иницијатор и предлагач распона казне. И друго, у немачком поступку важи истраживачка максима и суд по службеној дужности изводи доказе у циљу утврђивања истине, па су му познате све околности од значаја за одмеравање казне већ у моменту предлагања споразума.⁷⁵⁹ За разлику од немачког законског решења, у нашем поступку споразум је могућ и у претходном кривичном поступку, а суд није овлашћен да по службеној дужности изводи доказе ни о околностима од значаја за одмеравање казне. У истрази се не изводе докази о олакшавајућим и отежавајућим околностима (изузев оних које представљају елементе бића кривичног дела), нити докази о личности учиниоца, а након предаје споразума ни суд није овлашћен да их изведе, па је нелогично да странке уговарају „распон казне“.⁷⁶⁰ Практично и кад би странке договориле распон казне, суд не би могао да одмери

⁷⁵⁹ У немачком процесном кодексу се регулатива споразума странака (односно овлашћења суда да са учесницима поступка „сагледа актуелно стање поступка, уколико се то чини подобним за напредовање поступка“) налази у одредбама о главном претресу. Распон казне као предмет споразума странака прописан је на следећи начин: „Суд објављује који би садржај могао имати споразум о признању кривице. При томе, уз оцену свих околности случаја као и општих правила за одмеравање казне, може да наведе *и доњу и горњу границу казне*. Учесници у поступку ће добити могућност да се изјасне о томе. До нагодбе ће доћи онда када оптужени и тужилаштво прихвате предлог суда“. (§ 257c st. 3 StPO).

⁷⁶⁰ Види: С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 231, 232; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 277; Милан Шкулић, „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)?“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2017), стр. 73.

кривичну санкцију, јер не би имао на основу чега да утврди које околности утичу да казна буде мања или већа.

С правом се законско допуштање уговарања распона казне критикује зато што уноси и један елемент несигурности код окривљеног, пошто он у том случају и кад призна извршење кривичног дела не зна "шта га коначно чека".⁷⁶¹ Неизвесност у погледу висине казне није добар савезник, који би мотивисао оптуженог да се одлучи на закључење споразума о признању кривичног дела. По нашем мишљењу, само извесна и значајна бенефиција у погледу висине казне која се предлаже оптуженом може бити снажан мотив за оптуженог да са јавним тужиоцем закључи споразум о признању кривичног дела. Евентуално би сличан ефекат могао имати договорени веома мали распон казне, значајно мањи од законског за конкретно кривично дело. И тада би договорена горња граница и сама морала бити значајна бенефиција за оптуженог у односу на висину запрећене казне. Само тако би за оптуженог одржавање главног претреса био већи ризик него да прихвати споразум о распону казне, уместо да она буде фиксирана. На крају, чини се да је могуће договарање распона казне само кад се споразум закључује на главном претресу, до његовог завршетка, како би се на основу изведених доказа колико толико могло закључити о постојању околности, које по закону утичу на одмеравање казне. Без утврђених околности везаних за дело и учиниоца које се по закону узимају приликом одмеравања казне, одлука о висини казне била би произвољна, па тиме и противна закону, иако су се странке споразумеле о распону казне. Зато сматрамо да би суд морао да одбије споразум о признању кривичног дела у коме је договорен распон, ако није у могућности да из расположивог доказног материјала утврди чињенице релевантне за одмеравање висине казне.

Са становишта положаја јавног тужиоца, договарање распона уместо фиксане казне, на први поглед изгледа да му иде у прилог пошто се шире варијетети које он може понудити оптуженом да би закључио споразум о признању кривичног дела. Тако гледано, то би значило да се повећавају шансе за већу примену споразума у пракси. Међутим, основно је питање колико распон казне уопште може бити примамљив и прихватљив за оптуженог, а за јавног тужиоца у неком конкретном случају који би то

⁷⁶¹ М. Шкулић, „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)?“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2017), стр. 73.

максимум из распона казне који би предложио, а који би био прихватљив од противне стране.

У вези са погодностима које јавни тужилац може понудити окривљеном, поред блаже врсте и ниже мере кривичне санкције, има идеја да *de lege ferenda* треба размотрити могућност да се, „као једна од концесија окривљеном понуди могућност ослобађања од плаћања трошкова поступка, тим пре што је посреди упрошћени поступак, са мањим трошковима његовог вођења“⁷⁶². Установљавање ове бенефиције ојачало би положај јавног тужиоца, и омогућило би му да додатно утиче на окривљеног да прихвати споразум о признању кривичног дела. Код лакших кривичних дела, за која се иначе договарају блаже казне, опроштај трошкова кривичног поступка не би била занемарљива погодност. Напротив.

Споразум о признању кривичног дела је по својој правној природи "уговор" који се закључује између јавног тужиоца и окривљеног, па иако процесни законик таксативно наводи обавезне и факултативне елементе споразума, странке могу да "уговоре" још неку обавезу, мимо тих изричито предвиђених (да се окривљеном укине притвор, да му се одузме предмет кривичног дела, да се јавно извини за извршено кривично дело и сл.), а на суду је да такав "уговор" прихвати или одбије.⁷⁶³

г) Још једна новина је установљавање права на жалбу против пресуде изречене на основу споразума о признању кривичног дела. Жалба није дозвољена против свих судских одлука којом се решава о споразуму. Жалба није допуштена против решења којим се споразум одбацује или одбија, а допуштена је само против пресуде којом се прихвата споразум о признању кривичног дела (чл. 319 ст. 2 и 3). Жалба се изјављује у року од осам дана, а пресуда се може побијати због: (1) због постојања неког од основа за обуставу кривичног поступка (да дело које је предмет оптужбе није кривично дело, да постоји околност која трајно искључује кривично гоњење или да нема довољно доказа за оправдану сумњу) и (2) због тога што се пресуда *не односи на предмет споразума* (не садржи неки договорени елемент споразума, нпр. споразум о одузимању имовинске користи, или је пресудом измењен неки договорени предмет споразума, нпр.

⁷⁶² И. Илић, „Споразум о признању кривичног дела у теорији, легислативи и пракси“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 68 (2012с), стр. 416.

⁷⁶³ Вања Бајовић, „Поједностављење форме поступања у кривичним стварима и суђење у разумном року“, у: *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2015), стр. 7.

измењен идентитет дела или је изречена блажа или строжа санкција по врсти и мери).
Право да изјаве жалбу имају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац.

Сасвим је на месту да сви наведени субјекти укључујући и јавног тужиоца имају право да изјаве жалбу, ако пресудом није обухваћен предмет споразума или је неки елемент измењен. Док је оправдано предвидети „право на жалбу у пуном опсегу“, титуларе права на жалбу треба редуковати кад су у питању трајне сметње за кривично гоњење, јер јавни тужилац у пракси никада неће ни изјављивати жалбу, услед трајних сметњи за гоњење.⁷⁶⁴ Зато ово његово право као непотребно треба укинути.

2.2. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПРЕСУЂЕЊА НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О СВЕДОЧЕЊУ ОКРИВЉЕНОГ

Овај споразум био је и раније познат, само што је као процесни институт био регулисан као посебна доказна радња у посебном поступку, који је постојао за кривична дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела, под називом „сведок сарадник“.⁷⁶⁵ Споразум о сведочењу се може закључити само за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности из чл. 162. ст. 1. тач. 1. ЗКП, односно за кривична дела организованог криминала и ратних злочина.

Сврха увођења овог споразума је најпре тежња да се постигне што ефикаснији кривични поступак – признањем се знатно скраћује кривична процедура за дело које је окривљени сарадник учинио, а сведочењем се „прибављају информације до којих се на други начин не би могло доћи и тако доприноси процесуирању и осуди припадника или вођа организованих криминалних група“.⁷⁶⁶ Сматра се да ће увођење споразума о сведочењу допринети ефикаснијем сузбијању нарочито нарко деликата, а „разлог за редак пристанак окривљеног на ту солуцију у пракси треба тражити у одсуству адекватне заштите након сарадње са органима кривичног гоњења“⁷⁶⁷.

⁷⁶⁴ И. Илић, „Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), , стр. 544.

⁷⁶⁵ Види чл. 504о-504ћ ЗКП/2001.

⁷⁶⁶ Саша Кнежевић – Мирјана Ђукић, „Споразум о сведочењу окривљеног у кривичнопроцесном законодавству Србије“, у: *Зборник радова "Национално и међународно право - актуелна питања и теме"* (Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици, 2017), стр. 442.

⁷⁶⁷ И. Илић, „Споразум о признању кривике у теорији, легислативи и пракси“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 68 (2012с), , стр. 414.

Закључењем споразума се настоји постићи да окривљени сарадник сведочи у поступку за дела организованог криминала или за ратне злочине, али јавни тужилац може закључити споразум не само са лицем коме се на терет ставља неко од кривичних дела која спадају у делокруг тужилаштава посебне надлежности, већ и било које друго кривично дело.⁷⁶⁸ У поступку који се води за кривична дела организованог криминала или за ратне злочине, током сведочења положај окривљеног сарадника је заснован на правилима која се односе на права и дужности сведока.⁷⁶⁹

Основна разлика у односу на раније законско регулисање сведочења окривљеног јесте промена његове природе из посебне доказне радње у страначки споразум. Са становишта интереса странака, па стога и јавног тужиоца, значајна је разлика и у санкцијама које се могу изрећи окривљеном сараднику. По ранијим прописима, сведоку сараднику се могла изрећи казна у висини половине минималне казне за дело које је учинио, а изузетно се могао блаже казнити или ослободити од казне.⁷⁷⁰ Према важећем кодексу, поред неограниченог ублажавања казне и ослобођења од казне, могуће је да јавни тужилац и одустане од кривичног гоњења окривљеног сарадника (чл. 323. ст. 1. тач. 3). Из тога се може закључити да је јавни тужилац сада у повољнијем положају, јер може понудити окривљеном далеко веће бенефиције, што претпоставља да ће већи број окривљених придобити за сараднике. Самим тим, повећава се његов допринос доказивању и успешном окончању кривичних поступака за дела из делокруга тужилаштава посебне надлежности.

Кад је реч о поступку пресуђења на основу споразума о сведочењу, могло би се рећи да је у основи исти као и поступак прописан за споразум о признању кривичног дела, са извесним одступањима нужним за успешну реализацију сведочења окривљеног сарадника, које је у суштини посебна доказна радња. Та одступања немају неки посебан значај за промену положаја јавног тужиоца у закључењу овог, у односу на већ објашњени споразум о признању кривичног дела.

Због специфичности примене споразума о сведочењу окривљеног сарадника, као проблем се јавља који јавни тужилац треба да га закључи, пошто је могуће да се поступак води пред судовима различите надлежности. Овог проблема нема кад

⁷⁶⁸ Вељко Делибашић, „Споразум о сведочењу окривљеног“, у: *Реформа кривичног права* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2014), стр. 216-217.

⁷⁶⁹ Саша Кнежевић – Мирјана Ђукић, „Споразум о сведочењу окривљеног у кривичнопроцесном законодавству Србије“, у: *Зборник радова "Национално и међународно право - актуелна питања и теме"* (Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици, 2017), стр. 438.

⁷⁷⁰ Опширније: И. Илић, „Споразум о признању кривице у теорији, легислативи и пракси“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 68 (2012с), , стр. 414; Види чл. 504т ст. 1. ЗКП/2001.

споразум треба закључити са окривљеним у истом поступку у коме ће он и сведочити, односно кад се води јединствен поступак за дело о коме сведочи и за дело за које је оптужен. Са окривљеним сарадником споразум закључује јавни тужилац посебне надлежности, који уједно испитује окривљеног у својству сведока, а одлуку о прихватању споразума доноси суд посебне надлежности пред којим се поступак одвија. Проблем настаје кад се против потенцијалног окривљеног сарадника који се гони за неко друго кривично дело пред судом опште надлежности, а треба да сведочи пред судом посебне надлежности. У том случају појављују се следећа питања која треба решити:

- Због разлика у стварној надлежности судова па консеквентно и органа гоњења, најпре се поставља питање који је јавни тужилац овлашћен да закључи споразум о сведочењу са окривљеним, јавни тужилац који кривично гони потенцијалног окривљеног сарадника, или специјални јавни тужилац који кривично гони у поступку у којем би лице требало да се појави као окривљени сарадник.⁷⁷¹ Најлогичније би било да споразум закључи јавни тужилац који кривично гони за „класично кривично дело,“ али није сасвим јасно како ће јавни тужилац посебне надлежности сазнати и како може проценити да исказ потенцијалног окривљеног сарадника може имати одговарајући значај.⁷⁷² Као решење проблема могла би бити одговарајућа координација јавног тужиоца који гони за класично кривично дело и јавног тужиоца посебне надлежности.⁷⁷³

- На претходно надовезује се питање који суд одлучује о прихватању или одбијању споразума о сведочењу окривљеног, суд опште надлежности или специјални суд који води кривични поступак у којем би такав окривљени сарадник требало да да исказ. Одговор зависи од тога како је решено претходно питање. Ако би се увек водио јединствени поступак за дело које гони јавни тужилац посебне надлежности и за

⁷⁷¹ М. Шкулић, „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)?“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2017), стр. 75.

⁷⁷² С. Кнежевић – М. Ђукић, „Споразум о сведочењу окривљеног у кривичнопроцесном законодавству Србије“, у: *Зборник радова „Национално и међународно право - актуелна питања и теме“* (Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици, 2017), , стр. 436.

⁷⁷³ М. Шкулић, „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)?“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2017), стр. 75; С. Кнежевић – М. Ђукић, „Споразум о сведочењу окривљеног у кривичнопроцесном законодавству Србије“, у: *Зборник радова „Национално и међународно право - актуелна питања и теме“* (Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици, 2017), , стр. 436.

класично дело против потенцијалног сарадника, онда би одлуку о прихватању споразума доносио тај суд, чему у пракси треба тежити. Ако се воде одвојени поступци, одлуку о прихватању споразума о сведочењу морао би доносити суд опште надлежности. Међутим, тада се поставља питање како ће и на основу чега ће тај суд знати и оценити да ли је испуњен материјални услов за закључење споразума о сведочењу. Другим речима, пошто није упознат са предметом који не суди како ће знати да ли је значај исказа окривљеног за откривање, доказивање или спречавање кривичног дела организованог криминала или ратних злочина, претежнији од последица кривичног дела које је учинио потенцијални окривљени сарадник.⁷⁷⁴ Изгледа нелогично да би о материјалном услову за закључење споразума требало да одлучује суд који о томе нема никаквих сазнања, што говори у прилог да треба водити јединствени кривични поступак кад год је то по закону могуће.

- На крају, ако се не би водио јединствен кривични поступак, поставља се питање, како ће суд који одлучује о споразуму знати да ли је сведок сарадник у потпуности испунио обавезу из споразума о сведочењу. Изгледа да би једино логично решење било спајање поступака, како би се увек водио јединствени кривични поступак против окривљеног који је потенцијални окривљени сарадник и окривљеног "против којег" би он требало да сведочи.⁷⁷⁵

Због изузетног значаја које споразум може имати за доказивање тешких кривичних дела која гони јавно тужилаштво посебне надлежности, *de lege ferenda* треба доградити процесна правила везана за заснивање надлежности суда у ситуацијама кад кривично дело окривљеног као потенцијалног сарадника не потпада под надлежност специјалног суда. У циљу повећања делотворности споразума о признању окривљеног, треба прописати да као разлог за спајање поступака може бити позивање окривљеног да сведочи у својству „сведока сарадника“. Спајање поступка у сврху закључења споразума о сведочењу треба дозволити без обзира да ли се за дело окривљеног сарадника води редовни или сумарни поступак, тј. независно од запрећене казне за то дело.

⁷⁷⁴ М. Шкулић, „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)?“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2017), стр. 76.

⁷⁷⁵ *Ibidem*, стр. 77.

2.3. ПОЛОЖАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПОСТУПКУ ПРЕСУЂЕЊА НА ОСНОВУ СПОРАЗУМА О СВЕДОЧЕЊУ ОСУЂЕНОГ

Споразум о сведочењу осуђеног представља варијанту задобијања тзв. кооперативног сведока,⁷⁷⁶ односно само другачији номотехнички израз института сведока сарадника.⁷⁷⁷ У важећем процесном законнику увршћен је у споразуме јавног тужиоца и окривљеног. Начелно посматрано, поновљена је законска регулатива као код споразума о сведочењу окривљеног, са одговарајућим прилагођавањем процесној ситуацији да је овде у питању окривљени који је већ правноснажно осуђен. Тако је у обавезне елементе увршћена *изјава јавног тужиоца* да ће у року од 30 дана од дана правноснажног окончања поступка осуђујућом пресудом у којем је осуђени дао исказ у складу са обавезама из закљученог споразума, поднети захтев за ублажавање казне осуђеном сараднику (чл. 328. ст. 1. тач. 4). Сагласно томе је и друга специфичност, да решење о прихватању споразума о сведочењу осуђеног (у споразуму је утврђена врста и мера кривичне санкције) обавезује суд приликом доношења одлуке о кривичној санкцији у поступку ублажавања казне,⁷⁷⁸ под условом да је осуђени сарадник у потпуности испунио обавезе из споразума (чл. 330).

У кривичнопроцесној теорији се споразум о сведочењу осуђеног не систематизује као посебни кривични поступак, тј. као упрошћена форма кривичног поступка, него се сматра да „припада проблематици саслушања окривљеног као доказне радње“,⁷⁷⁹ и третира се као основ за покретање поступка ублажавања казне осуђеном лицу, који је по природи једна модификована процесна форма, где и припада.⁷⁸⁰ Ми смо на овом месту дали кратке напомене које се тичу споразума о сведочењу осуђеног, да би се лакше пратила законска систематика која обједињује одредбе о сва три споразума.

3. РОЧИШТЕ ЗА ИЗРИЦАЊЕ КРИВИЧНЕ САНКЦИЈЕ (МАНДАТНИ ПОСТУПАК)

⁷⁷⁶ Вељко Делибашић, *Споразуми јавног тужиоца и окривљеног* (Нови Сад: Универзитет Привредна академија, 2015), стр. 105.

⁷⁷⁷ Станко Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), стр. 421.

⁷⁷⁸ У закону погрешно стоји „у поновљеном поступку“ јер то више није основ за понављање поступка, као што је било у старом законнику из 2001. године, него основ по коме се може покренути „поступак за ублажавање казне“ (чл. 557-561).

⁷⁷⁹ С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 230 фус нота 139.

⁷⁸⁰ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2017), стр. 273 и 290.

Са појавом ове упрошћене форме, кад је 2001. године установљена, под другим називом и нешто другачије уређена, утврдили су да је и у Србији „дефинитивно *срушен постулат* традиционалног мешовитог типа кривичног поступка да *нема пресуђења без главног претреса*.“⁷⁸¹ Одредбе овог посебног поступка су важећим процесним закоником преуређене, а поступак је преименован у „рочиште за изрицање кривичне санкције“ (чл. 512-518). Основна сврха ове форме је да се на иницијативу јавног тужиоца кривична ствар пресуди без главног претреса, и тако убрза кривични поступак.

На рочиште за изрицање кривичне санкције позивају се странке и бранилац, али се рочиште може одржати и без присуства окривљеног, на шта мора бити упозорен у позиву. За разлику од ранијег законског модела, рочиште је сада уређено на адверзијалном принципу. Док је раније служило за саслушање окривљеног, без чијег присуства није било могуће да се одржи, сада на рочишту прво јавни тужилац укратко излаже о доказима с којима располаже и образлаже свој предлог кривичне санкције, а након тога, на позив судије, окривљени може да се изјасни о предлогу јавног тужиоца. Суд може у овој мандатној форми поступка донети осуђујућу пресуду и ако окривљени не дође на рочиште, и у случају кад је окривљени присутан а не изјасни се о предлогу јавног тужиоца. Тиме је законодавац дао предност убрзању поступка у односу на адверзијални принцип уређења рочишта и предност, у односу на право окривљеног да буде саслушан у поступку који се води против њега.

Одмах након одржаног рочишта, судија доноси одлуку, и то или наредбу о заказивању главног претреса (кад се окривљени на рочишту изјасни да не прихвата предлог јавног тужиоца или кад суд не прихвати предлог јавног тужиоца о врсти и мери кривичне санкције), или осуђујућу пресуду (ако се окривљени на рочишту сагласио са предлогом јавног тужиоца о врсти и мери кривичне санкције или ако се окривљени није одазвао на позив за рочиште). Само против осуђујуће пресуде донете због недоласка на рочиште, окривљени може изјавити приговор, који суспендује донету пресуду. Стога судија има обавезу да закаже главни претрес, чиме поступак прелази из ове форме у скраћени поступак.

Поступак пресуђења на основу рочишта за изрицање кривичне санкције може се покренути само оптужним предлогом јавног тужиоца, у коме он поставља захтев да се одржи ово рочиште. Без иницијативе јавног тужиоца, не може се покренути ова упрошћена процесна форма, јер други тужиоци нису овлашћени да од суда захтевају

⁷⁸¹ В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет у Нишу, 2006), стр. 215.

њено покретање. Међутим, кад јавни тужилац постави захтев, то не значи да ће рочишта за изрицање кривичне санкције обавезно и бити, јер одлуку о томе доноси суд. И поред тога, сматрамо да рочиште за изрицање кривичне санкције може бити погодно процесно средство јавном тужиоцу да убрза кривични поступак, и учини га ефикаснијим кад располаже квалитетним доказним материјалом на коме заснива оптужбу. Само је питање када јавни тужилац треба да користи ову форму, а у којим ситуацијама диверзиону или неку другу упрошћену процесну форму.

У односу на раније законско решење, проширен је обим примене ове упрошћене процесне форме. Поступак за кажњавање пре главног претреса, како је раније носио назив, био је предвиђен за кривична дела за која се може изрећи новчана казна или казна затвора *до три* године,⁷⁸² а сада се рочиште за изрицање кривичне санкције предвиђа за кривична дела за која се може изрећи као главна казна новчана казна или казна затвора *до пет* година (чл. 512. ст. 1). Са ширењем обима ове процесне форме, шире се и могућности јавног тужиоца да уз сагласност окривљеног убрза кривични поступак и побољша ефикасност.

Унутар новог, проширеног обима примене проширен је и спектар кривичних санкција⁷⁸³ које се могу изрећи у овој упрошћеној процесној форми. Начелно, сада је могуће изрећи и казну затвора, за разлику од ранијег законског решења према коме није било допуштено изрицање безусловне казне затвора⁷⁸⁴. У погледу кривичне санкције која се може изрећи, сада је направљена дистинкција између кривичних дела према тежини, односно између кривичних дела са прописаном казном затвора до три године и кривичних дела са запређеном казном затвора до пет година.⁷⁸⁵ За тежа кривична дела може се изрећи *казна затвора до две године, новчана казна* до двеста четрдесет дневних износа односно до петсто хиљада динара у фиксном износу или *условна осуда*, а за другу групу лакших дела, може се изрећи *казна затвора до једне године, новчана казна* до стоосамдесет дневних износа, односно до триста хиљада динара у фиксном

⁷⁸² Види чл. 449. ст. 1. ЗКП из 2001. године.

⁷⁸³ Татјана Бугарски, „Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у : скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције“, у: *Нова решења у казном законодавству Србије и њихова практична примена* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2013), стр. 225.

⁷⁸⁴ В. Ђурђић – Д. Суботић, *Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног гоњења* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2010), стр. 70.

⁷⁸⁵ Татјана Бугарски, „Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у : скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције“, у: *Нова решења у казном законодавству Србије и њихова практична примена* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2013), , стр. 225.

износу, *казна рада у јавном интересу* до двеста четрдесет часова, *казна одузимања возачке дозволе* у трајању до једне године и *условна осуда* (чл. 512. ст. 3).

Висина казне која је законом допуштена да се изрекне, може бити кључни аргумент у одређивању јавног тужиоца приликом избора упрошћене форме. Имајући у виду чињенично стање и доказни материјал с којим располаже, на јавном тужиоцу је да процени коју би врсту и меру кривичне санкције окривљени прихватио, па с обзиром на ту чињеницу, да изабере упрошћену форму, имајући у виду оквире изрицања кривичне санкције везане за дату форму. Нарочита је одговорност јавног тужиоца да, са становишта јавног интереса, процени у конкретном случају да ли да примени диверзиону форму или рочиште за изрицање кривичне санкције, будући да је примена ових форми могућа за иста кривична дела.

IX. УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ СУДОВА

1. ПОЈАМ КАЗНЕНЕ ПОЛИТИКЕ И ПОЛИТИКЕ КРИВИЧНОГ ПРОГОНА

Кад се говори о казненој политици, свака расправа се скоро без изузетка везује за два најважнија питања, која су увек у првом плану: блага и строга казнена политика, уједначена и неуједначена казнена политика.⁷⁸⁶ Одговор на прво питање даје се поређењем кривичних санкција које изричу судови са оним прописаним у закону, па се тако долази до појмова казнена политика законодавца и казнена политика судова, мада се приликом коришћења појма „казнена политика“ уобичајено мисли на кривичне санкције које изричу судови. Политика која се везује за законодавца односи се на прописивање кривичноправних мера и услова за њихову примену, као и на казне прописане за свако појединачно кривично дело. То значи да се кроз њу реализује заштитна функција кривичног права, а такође и функција генералне превенције. Кад је реч о казненој политици судова, она се односи на кривичне санкције изречене у судским одлукама. За евалуацију казнене политике судова могу се користити метод анализе статистичких података о изреченим санкцијама у одређеном периоду и метод анализе појединачног случаја.⁷⁸⁷ Сагласно овом криминолошко методолошком приступу, ако се појам „политика“ условно прихвати, казнена политика судова може се користити „за означавање података о врсти и мери изречених кривичних санкција у неком периоду, на подручју неке судске инстанце или читаве државе“.⁷⁸⁸

Скоро је једнодушна оцена у општој, па и стручној јавности да постоји очигледан раскорак између прописаних и изрицаних санкција, чак би се могло рећи да постоји „изразити конфликт“ између законодавца и судске праксе. Истраживања показују да судска пракса по правилу не користи горњу половину, а уопште не користи горњу трећину прописаног распона казни. Због таквог стања, општа је оцена да је казнена политика судова блага. С друге стране, сматра се да је виши распон казне у

⁷⁸⁶ Зоран Стојановић, „Казнена политика: раскол између закона и његове примене“, у: *Казнена политика (раскол између закона и његове примјена)* (Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске, 2012), стр. 8.

⁷⁸⁷ Види: Ђорђе Игњатовић, „Да ли је казнена политика судова у Србији одговарајућа?“, у: *Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)* (Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске, 2012), стр. 105. и 106..

⁷⁸⁸ Војислав Ђурђић, „Утицај јавног тужиоца на казнену политику у новом кривичном поступку Србије“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет* (Бања Лука: Министарство правде Републике Српске, 2014ц), стр. 80.

закону резултат „погрешног уверења законодавца да то служи генералној превенцији“, као и „излажења у сусрет репресивним тежњама јавности“.⁷⁸⁹

У погледу ова два поларизована става, једног законодавчевог да се стално поопштравају казне и другог судског, да се чешће изричу казне чија висина је ближа посебном законском минимуму, изгледа да је решење као увек негде на средини. Судска пракса би требало у већој мери да уважава казнену политику законодавца, а законодавац би „морао да одустане од узалудних покушаја“ да сталним прописивањем све строжих казни принуди судску праксу да води строжу казнену политику, чиме постојећи јаз још више продубљује.⁷⁹⁰

Кад се има у виду овакво стање у области казнене политике, поставља се питање какав је утицај јавног тужиоца. За једну такву оцену логично би било да се пође од напред изнетих дефиниција и схватања казнене политике, али оне нису сасвим подесне за свеобухватну анализу и објашњење каква је улога јавног тужиоца у њеном настајању. Сагледавање би било непотпуно јер би се ограничило на непосредан или посредан утицај јавног тужиоца на избор врсте и мере кривичне санкције у судским одлукама. Међутим, државна реакција на учињена кривична дела не испољава се само кроз изрицање кривичних пресуда у судским поступцима, већ и кроз примену алтернативних кривичноправних мера и спровођење диверзионих процесних форми решавања кривичних ствари. Зато ћемо казнену политику посматрати у једном ширем смислу, тако да буду обухваћене и друге процесне форме решавања кривичних ствари, као и одлуке дргих органа поступка, а не само суда.

За такав приступ могао би се користити појам „политике казног прогона“, који обухвата одлуке које доносе „не само судови него и сви органи формалне социјалне контроле, у оквиру својих на праву заснованих надлежности“.⁷⁹¹ У ширем смислу, дакле, политика кривичног гоњења се схвата као „*укупност кривичноправних мера и поступака које су органи формалне реакције предузели против учинилаца кривичних дела у одређеном времену на одређеном простору*“.⁷⁹² Управо ово шире схватање биће

⁷⁸⁹ Зоран Стојановић, „Казнена политика: раскол између закона и његове примене“, у: *Казнена политика (раскол између закона и његове примјена)* (Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске, 2012), стр. 10.

⁷⁹⁰ *Ibidem*, стр. 20.

⁷⁹¹ Ђорђе Игњатовић, „Да ли је казнена политика судова у Србији одговарајућа?“, у: *Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)* (Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске, 2012), стр. 103.

⁷⁹² Војислав Ђурђић, „Утицај јавног тужиоца на казнену политику у новом кривичном поступку Србије“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет* (Бања Лука: Министарство правде Републике Српске, 2014ц), стр. 80.

полазна и концепцијска основа за излагање о утицају јавног тужиоца на казнену политику.

2. ПРОЦЕСНИ ИНСТРУМЕНТИ УТИЦАЈА ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ

На теоријским и концепцијским основама које смо напред одредили, анализираћемо улогу и утицај јавног тужиоца на казнену политику схваћену у ширем смислу, почев од момента откривања кривичног дела. Од тог момента формална реакција може ићи у три правца: ка ускраћивању државне реакције, одбацивањем кривичне пријаве; ка општој или некој од упрошћених форми кривичног поступка; и према диверзионој форми решавања кривичног случаја.

Први правац настаје као последица дејства начела легалитета кривичног гоњења, који обавезује јавног тужиоца да предузме кривично гоњење кад се за то стекну законски услови, али и да одбаци кривичну пријаву кад дело није кривично дело, кад нема потребног степена сумње за покретање кривичног поступка или постоје процесне сметње које трајно искључују кривично гоњење. На том правцу државне реакције по логици ствари не може се ни говорити о било каквој казненој политици, односно политици кривичног гоњења.

Други правац је поступак пред органима кривичног правосуђа као облика формалне социјалне реакције на настали кривични догађај. Поступак може тећи у две форме, у општој или некој од упрошћених процесних форми. Изузев сумарног поступка, у којој ће се од упрошћених форми одвијати кривични поступак зависи од иницијативе јавног тужиоца. Ова *иницијатива* којом се омогућава одступање од редовног кривичног поступка може се сматрати *процесним инструментом* којим јавни тужилац, у најширем смислу, утиче на казнену политику. Ово зато што он одлучује да ли ће уопште иницирати неку од упрошћених форми, а кад је иницира, у крајњем, предлаже или се саглашава са предлогом противне странке која ће врста или мера кривичне санкције бити изречена у судској одлуци којом се окончава упрошћена форма. Наравно, без иницијативе или саглашавања јавног тужиоца не може бити тих посебних процесних форми, а да ли ће их уопште и бити, одлучује суд.

Кад се за официјелна кривична дела води редовни кривични поступак, на даљи ток поступка јавни тужилац одлучује већ у предистражном поступку. Најпре усмерава ток предистражног поступка, а након тога одлучује да ли ће покренути истрагу или ће, с обзиром на оцену доказног материјала с којим располаже, подићи непосредну

оптужницу. Прикупљањем доказа у предистражном поступку и предузимањем доказних радњи у фази истраге, јавни тужилац обезбеђује чињеничну основу оптужбе, па тиме на квалитет подигнуте оптужнице на основу које се покреће судски кривични поступак и пресуђује кривична ствар. Избор да ли ће подићи оптужницу на основу или без споровођења истраге, може се означити као процесни инструмент којим јавни тужилац утиче на „политику“ кривичног гоњења.

У започетом судском поступку, процесне установе и принципи којима се одређује улога и положај јавног тужиоца, као и овлашћења и дужност да благовремено предложи а касније и предузме доказне радње, омогућавају јавном тужиоцу да утиче на утврђивање чињеничног стања, па тиме посредно и на изрицање кривичне санкције. И могућност да се изјасни о околностима од значаја за избор и одмеравање кривичне санкције, као и непосредно предлагање врсте и висине кривичне санкције у завршној речи, суштински су инструменти којима јавни тужилац утиче на судску одлуку о кривичној санкцији.

По доношењу првостепене пресуде, јавном тужиоцу стоје на располагању редовни правни лекови и од ванредних, захтев за заштиту законитости, а у корист окривљеног и захтев за понављање кривичног поступка. Изјављивањем редовних правних лекова јавни тужилац може да утиче на врсту и висину кривичне санкције, позивајући се на повреду кривичног закона или побијајући чињенично стање у побијаној пресуди, како би се постигла законита и правилна одлука о кривичној санкцији. Изјављивањем жалбе против ослобађајуће пресуде може издејствовати и осуђујућу пресуду, а ако издејствује осуђујућу пресуду, тиме је пресудно утицао на изрицање кривичне санкције. Захтев за понављање кривичног поступка јавни тужилац може поднети само у корист окривљеног и тако утицати на блаже кажњавање, а захтевом за заштиту законитости иницирати утврђивање повреде закона. У суштини, сви правни лекови на које је овлашћен јавни тужилац су процесна средства помоћу којих јавни тужилац може да утиче на казнену политику судова.

Трећи правац државне реакције на учињено кривично дело може ићи, као што смо већ навели, ка диверзионим формама решавања кривичних ствари. Пошто су оба вида примене начела опортунитета као диверзионе форме, у потпуној власти јавног тужиоца, оне се појављују као процесна средства којима јавни тужилац непосредно реализује политику кривичног гоњења.

О свакој од напред наведених процесних форми, фаза поступка и овлашћења јавног тужиоца, биће надаље детаљније излагано као о процесним инструментима утицаја јавног тужиоца на казнену политику, схваћеној у ширем смислу.

3. УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА ПОЛИТИКУ КРИВИЧНОГ ПРОГОНА

3.1. УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА У ПРЕДИСТРАЖНОМ ПОСТУПКУ НА ПОЛИТИКУ КРИВИЧНОГ ПРОГОНА

Са становишта политике кривичног гоњења, како смо је напред дефинисали, улога и активност јавног тужиоца значајни су већ од самог откривања кривичних дела и њихових учинилаца. Учвршћивање јавног тужиоца као руководиоца предистражног поступка на нормативном плану, повећава његову одговорност за откривање кривичних дела, а посебно за откривање и прикупљање доказа о откривеним кривичним делима и њиховим учиниоцима. У том контексту, усмеравање потражне делатности ради ефикасносног проналажења и фиксирања материјалних доказа, а такође и проналажење очевидаца као потенцијалних сведока, јавља се као одлучујући фактор успешне реализације политике кривичног гоњења у овој етапи поступка.

На основу свих сазнатих чињеница и података о кривичном делу и изворима доказа који се могу у даљем поступку користити, јавни тужилац одлучује о правцу формалне социјалне реакције. Зависно од конкретних околности и од тежине кривичног дела, стоје му на располагању више могућности. За официјелна кривична дела за која се води редовни кривични поступак, он може покренути истрагу против познатог осумњиченог или против непознатог учиниоца, или подићи непосредну оптужницу. Кад је реч о кривичним делима са запрећеном казном до осам година затвора, јавним тужилац може усмерити државну реакцију ка репресивној делатности и подићи оптужни предлог или у неку упрошћену форму поступка, или поступак скренути у диверзиону форму, за кривична дела са прописаном казном затвора до пет година.

На основу ових чинилаца, могао би се извести општи закључак да јавни тужилац, *избором форме поступка, подизањем одговарајућег оптужног акта или скретањем у диверзиону форму решавања кривичне ствари спроводи политику кривичног прогона.* У овој етапи поступка, јавни тужилац је једини државни орган који одлучује форми и модалитетима државне реакције на учињено кривично дело, у смислу

процесне иницијативе или формалне одлуке о покретању кривичног поступка, ни за једну одлуку није му потребна сагласност кривичног суда

3.2. ЈАВНИ ТУЖИЛАЦ И КАЗНЕНА ПОЛИТИКА У РЕДОВНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Казненој политици судова, која се испољава у изреченим кривичним санкцијама у судским пресудама, нужно претходи политика кривичног гоњења, односно оптужбе. У започетом поступку кривична ствар треба да прође кроз различите степене чињеничног оформљења, почев од основа сумње до степена истинитости, потребног да би након одржаног главног претреса суд изрекао пресуду.

За чињенично оформљење кривичне ствари у предпретресни фазама искључиво је одговоран јавни тужилац, с обзиром на функцију коју врши и процесни положај који у њима има. Он је у фази истраге орган поступка који одлучује о покретању и спровођењу истраге. Да ли ће и у ком моменту покренути истрагу, оцењује само јавни тужилац на основу расположивог доказног материјала. Пошто је исти степен сумње потребан у предистражном поступку и за покретњае истраге, а нема законских рокова који га обавезују,⁷⁹³ јавни тужилац по сопственом нахођењу оцењује који је то моменат најпогоднији за покретање истраге. Најпре, док је учинилац непознат, на јавном тужиоцу је да ли ће покренути истрагу против непознатог учиниоца или предузети потражне радње у циљу његовог откривања, па тек након тога донети наредбу о спровођењу истраге. За разлику од некадашњег истражног судије, одлука јавног тужиоца о покретању истраге је коначна, јер законик не прописује право жалбе, односно право окривљеног на приступ суду, што јача његов положај као органа поступка.

У фази истраге на јавном тужиоцу је потпуна одговорност за чињенично оформљење кривичне ствари. Он сам одлучује када ће и које доказне радње предузети да би се постигао степен сумње потребан за оптужење, а такође доноси одлуку и спроводи доказне радње у корист одбране које предложи окривљени и његов бранилац. Кад сматра да нема места предузимању доказних радњи одбиће предлог одбране, која може затражити да одлуку о томе донесе судија за претходни поступак. Налог суда јавном тужиоцу да предузме одређену доказну радњу није осигуран потребним процесним механизмом да га јавни тужилац мора извршити, мада се може

⁷⁹³ Већ смо објаснили да је законски рок предвиђен за покретање истраге после прве доказне радње полиције инструкционог карактера (чл. 296. ст. 2), те да његово непоштовање не повлачи никакве процесне последице.

претпоставити да ће он редовно предузети наложену доказну радњу, само је питање са каквим квалитетом. Предузимање доказних радњи по налогу суда не умањује одговорност јавног тужиоца за прибављање доказног материјала из којег произилази оправдана сумња, која је услов за подизање оптужбе.

Из претходног излагања прозилази да је јавни тужилац *dominus litis* претходног кривичног поступка, па је отуда одговоран за чињенично оформљење кривичне ствари и остварење политике кривичног гоњења.

По завршетку истраге, јавни тужилац оцењује да ли ће подићи оптужбу или одустати од кривичног гоњења. Он такође има овлашћење да оцени и изврши избор да ли ће уопште покренути истрагу или ће подићи непосредну оптужницу. Управо власт јавног тужиоца да врши избор између различитих модалитета иницирања судског кривичног поступка, односно да изврши избор између солуције подизања оптужбе и одустанка од кривичног гоњења, представља остварење *политике оптужења*, како се у криминолошкој теорији назива.⁷⁹⁴

Подигнути оптужни акт је *conditio sine qua non* за мериторно пресуђење кривичне ствари. Од потврђивања оптужнице, јавни тужилац постаје кривичнопроцесна странка и његова активност је усмерена да благовремено предложи које ће се доказне радње извести на главном претресу, да испитује сведоке и вештаке и да расправља поводом изведених доказа противне странке, све у циљу правилног и потпуног утврђивања чињеничног стања. Уводна излагања, на главном претресу или на припремном ричишту, имају за циљ да укажу на пут којим ће јавни тужилац настојати да кривична ствар буде чињенично и правно оформљена, у складу са оптужном тезом. И на главном претресу, сагласно начелу легалитета и мутабилитета кривичног гоњења, јавни тужилац на бази изведених доказа оцењује доказаност оптужбе, и врши избор да ли ће изменити или проширити оптужницу, остати при већ подигнутој оптужби, или ће одустати од оптужбе. Најчешће ће јавни тужилац своју активност усмерити ка утврђивању чињеничног стања које потврђује основаност оптужбе и извођењу доказа о чињеницама и околностима од значаја за избор и одмеравање кривичне санкције. Зависно од резултата доказног поступка, по потреби ће изменити или проширити оптужбу. У супротној процесној ситуацији, уколико јавни тужилац након почетка главног претреса одустане од оптужнице, то по начелу оптужбе постаје процесна

⁷⁹⁴ Ђорђе Игњатовић, „Да ли је казнена политика судова у Србији одговарајућа?“, у: *Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)* (Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске, 2012), стр. 103.

сметња да суд мериторно пресуди кривичну ствар, и зато мора донети одбијајућу пресуду. Самим тим јавни тужилац својом радњом реализује казнену политику у ширем смислу, односно политику кривичног гоњења.

Увек кад јавни тужилац остане при оптужби, што је у пракси најчешћи случај, јавни тужилац, он долази у процесну ситуацију да својом активношћу утиче на казнену политику судова. Овлашћења да он делује у том правцу дата су одредбама о завршној речи странака. Према ранијем процесном законнику, јавни тужилац је имао овлаћење да у завршној речи указује на олакшавајуће и отежавајуће околности које треба узети у обзир приликом одмеравања кривичне санкције.⁷⁹⁵ Тужилац није могао стављати предлог о висини казне, али је могао предложити судску опомену или условну осуду. Важећим процесним закоником омогућен је већи утицај јавног тужиоца на одмеравање кривичне санкције. Сада јавни тужилац може, поред навођења олакшавајућих и отежавајућих околности које би требало узети у обзир приликом одлуке о кривичној санкцији, још да предложи и врсту и меру кривичне санкције (чл. 413. ст. 1). На тај начин, јавни тужилац постаје *субјект стварања казнене политике* судова.

3.3. УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ У СУМАРНОМ КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Процесне могућности јавног тужиоца да утиче на казнену политику, односно политику кривичног прогона су проширене у односу на редовни кривични поступак. Најпре, већ у оптужном предлогу јавни тужилац има могућност да определи форму поступка у којој ће кривична ствар бити пресуђена (чл. 500. ст. 3), а унутар изабране форме да предложи врсту и меру кривичне санкције (чл. 500. ст. 1. тач. 6).

У погледу форме, јавни тужилац се може определити за сумарни поступак или иницирати да се поступак одвија у упрошћеној форми поступка, што се у крајњем одражава на горње лимите казне која се у тим поступцима може изрећи. Избором упрошћене форме (нпр. рочишта за изрицање кривичне санкције), јавни тужилац се *опредељује за блажу казнену политику*, пошто је у наведеној упрошћеној форми лимитирана висина казне која се може изрећи зависно од тежине кривичног дела (о чему ће касније бити посебно излагано). Опредељивањем за сумарни поступак, јавни тужилац се опредељује да санкције буду изречене у границама посебног минимума и посебног максимума прописаних за то дело, уз евентуално ублажавање казне ако се за

⁷⁹⁵ Чл. 344. ЗКП-а из 2001. године.

то стекну законски услови. Кад се пореде казне које се могу изрећи у сумарном поступку и упрошћеној форми, избором да се кривична ствар реши у сумарном поступку, јавни тужилац се *опредељује за строжу казнену политику*.

Кад оптужбу усмери ка сумарном поступку, јавни тужилац има могућност да се два пута изјасни о кривичној санкцији коју по његовом мишљењу треба изрећи, једном у оптужном предлогу други пут у завршној речи. С тим у вези, логично се поставља питање може ли јавни тужилац у завршној речи предложити другу врсту или меру кривичне санкције, ако на то указују олакшавајуће или отежавајуће околности које су откривене и доказиване на главном претресу. Имајући у виду прихваћено теоријско гледиште о другом и другачијем кривичном делу, везано за решавање идентитета пресуде и оптужбе,⁷⁹⁶ изгледа неспорно да би судска пракса прихватила да јавни тужилац предложи блажу врсту или меру кривичне санкције у односу на предлог из оптужног акта. Уколико јавни тужилац предложи строжу врсту или меру кривичне санкције, не би се могло рећи да је реч о другом кривичном делу, већ евентуално о другачијем делу јер се чињенични опис самог дела не мења. Међутим, ако би се пошло од тога да је у овом случају реч о измени оптужног акта, онда би ту измену тужилац морао учинити на самом главном претресу.

За утицај јавног тужиоца на казнену политику судова од значаја је ток поступка после признања окривљеног на главном претресу. Ако окривљени на главном претресу призна кривично дело за које се оптужује, а квалитет признања испуњава законске услове да би могло да производи процесно дејство, судија има овлашћење да након узимања изјава од странака, одмах пређе на извођење доказа од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције (чл. 508. ст. 1). Изјашњење јавног тужиоца је значајно пошто саглашавање има за последицу ограничење висине казне која се може изрећи оптуженом ако се не спроводи читав доказни поступак. Наиме, за случај да се после признања директно пређе на доказивање околности од значаја за одмеравање кривичне санкције, прописане су границе за изрицање кривичне санкције: за кривична дела за која је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до пет година судија може изрећи казну затвора до три године, а за кривична дела за која је прописана казна затвора до осам година може изрећи казну затвора до пет година (чл. 508. ст. 2).

⁷⁹⁶ Опширније о теоријским гледиштима идентитета пресуде и оптужбе и ставовима судске праксе, види: И. Илић, „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, 69 (2015), стр. 266-269.

Из приказаних лимита казни које суд може изрећи након признања окривљеног на главном претресу у сумарном поступку, следи да саглашавање јавног тужиоца да се одмах пређе на извођење доказа значи саглашавање са блажом казненом политиком судова. Саглашавање јавног тужиоца треба схватити као олакшавање судији да због признања окривљеног донесе одлуку да не спроводи доказни поступак. То у крајњем значи као усмеравање суда ка блажој казненој политици. Изјава јавног тужиоца је значајна али није обавезујућа за суд, пошто судија има само обавезу да узме изјаве од странака, не и да поступи сагласно њиховим изјавама.

4. ПРАВНИ ЛЕКОВИ КАО ПРОЦЕСНА СРЕДСТВА ЗА УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ СУДОВА

У савременој кривичнопроцесној литератури, како смо напред објаснили у одговарајућем поглављу, превладава гледиште да су правни лекови по својој правној природи правна средства,⁷⁹⁷ „којима овлашћени процесни субјекти захтевају укидање или преиначење неправилне или незаконите судске одлуке“.⁷⁹⁸ Из овакве њихове суштине, јасно је да могу бити процесна средства утицаја на одлуке о кривичној санкцији, у којима се испољава казнена политика судова. С обзиром на основе побијања судских одлука, дејство појединих правних лекова на казнену политику може бити мање или веће, нарочито кад се има у виду да ванредни правни лекови нису потпуни правни лекови, већ да се по правилу изјављују по једном основу.

Основи за изјављивање жалбе пружају највеће могућности да јавни тужилац утиче на одлуку о изреченој санкцији, без обзира да ли се изјављује против првостепене или другостепене пресуде. Побиање пресуде због погрешено или непотпуно утврђеног чињеничног стања или због повреде закона, зависно од исхода, може после исправљања пресуде изискивати изрицање друге врсте или мере кривичне санкције. Промене у чињеничном стању доводе до промена у примени кривичноправних норми, у крајњем и норми о кривичним санкцијама. И исправљање незаконитости такође може довести до

⁷⁹⁷ С. Бејатовић, *Кривично процесно право* (Београд: Службени гласник, 2014), стр. 473; D. Radulović, *Krivično procesno pravo* (Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici, 2015), стр. 312; В. Ђурђић, *Кривично процесно право - Посебни део* (Ниш: Правни факултет, 2017), стр. 176; С. Бркић, *Кривично процесно право - II* (Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2016), стр. 148; др Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Седмо измењено и дупуњено издање едп (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), стр. 410.

⁷⁹⁸ Иван Илић, „Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2016), стр. 538.

другачије одлуке о кривичној санкцији. На пример, ако се по правилној примени кривичног закона дело строже квалификује, то нужно има за последицу изрицање строже кривичне санкције, најчешће повећањем њене висине. С друге стране, изјављеном жалбом јавни тужилац може побијати пресуду само због одлуке о кривичној санкцији, чијим усвајањем се утиче на промену одлуке о кривичној санкцији. С обзиром да јавни тужилац може изјавити жалбу на штету и у корист окривљеног, усвајањем његове жалбе по овом основу, он утиче да кривична санкција буде блажа или строжа, а по мери већа или мања. У томе се и види утицај јавног тужиоца на казнену политику судова, односно да казнена политика буде строжа или блажа.

Према резултатима објављених истраживања, јавни тужиоци изјављују жалбу скоро против сваке ослобађајуће пресуде, а одлука о кривичној санкцији је најчешћи основ по коме јавни тужиоци изјављују жалбу против осуђујућих пресуда, док су повреде кривичног закона најређи основ.⁷⁹⁹ У правосудној пракси чешће се побија одлука о кривичној санкцији од стране јавног тужиоца зато што је блага, што значи да је поштравање казне чешћи правац изјављивања жалбе.

Јавне тужиоце критикују што изјављују стереотипне жалбе због одлуке о казни, што правну квалификацију не заступају доследно до правноснажности пресуде, као и зато што у малом броју изјављују жалбу због повреде кривичног закона, односно због битних повреда одредаба кривичног поступка.⁸⁰⁰ Отклањање ових недостатака допринело би већим ефектима изјављивања жалбе, а тиме и значајнијем утицају на казнену политику судова.

Мање су могућности да јавни тужилац утиче на казнену политику у поступку по ванредним правним лековима, због законских основа по којима се ови правни лекови могу изјавити. Захтевом за понављање кривичног поступка по правилу се може побијати чињенично стање у правноснажним пресудама, с тим што се овај ванредни правни лек може изјавити само у корист окривљеног. Следи да захтев за понављање може бити процесно средство којим се само посредно може утицати на одлуку о кривичној санкцији, тј. само кад се на основу измењеног чињеничног у поновљеном поступку мења и одлука о кривичној санкцији. Пошто је важећим процесним законом

⁷⁹⁹ Војислав Ђурђић, „Утицај јавног тужиоца на казнену политику судова у Србији“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет* (Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2008), стр. 180. и 185.

⁸⁰⁰ Jasmina Kiurski, „Mogućnosti uticaja javnog tužioca na politiku suzbijanja kriminaliteta“, у: *Javno tužilaštvo, policija, krivični sud i suzbijanje kriminaliteta* (Београд: Удружење јавних тужилаца Србије, 2008), стр. 108.

у захтев за понављање инкорпорисан ранији захтев за ванредно ублажавање казне (који је до сада био само ванредни правни лек окривљеног), изјављивање захтева за понављање по овом основу директно је усмерено ка ублажавању казнене политике. Имајући у виду генералну забрану да се захтев за понављање не може изјавити на штету окривљеног, свако изјављивање овог ванредног правног лека од стране јавног тужиоца неминовно води ка ублажавању и иначе благе казнене политике судова.

После законодавних промена, које смо објаснили у одговарајућем одељку дисертације везаном за правне лекове, ефективност захтева за заштиту законитости сведена је у границе правилне примене закона и уједначавања судске праксе. У случајевима кад се утврди незаконитост у правноснажној судској одлуци, па по правилној примени закона треба мењати одлуку о кривичној санкцији, изјављивање овог ванредног правног лека има утицај и на казнену политику. Пошто се по захтеву за заштиту законитости који је изјављен на штету окривљеног, може донети само декларативна пресуда, што значи да је преиначење одлуке о кривичној санкцији могуће само кад је изјављен у корист окривљеног, овај правни лек се може јавити само као средство којим јавни тужилац евентуално може утицати на ублажавање казнене политике судова.

Кад се има у виду нормативна основа, о којој је било речи, и правосудна пракса, закључак би био да јавни тужилац изјављивањем ванредних правних лекова не може значајније утицати на казнену политику судова, која се испољава у донетим правноснажним осуђујућим пресудама.

5. УТИЦАЈ ЈАВНОГ ТУЖИОЦА НА ПОЛИТИКУ КРИВИЧНОГ ПРОГОНА И КАЗНЕНУ ПОЛИТИКУ У ДИВЕРЗИОНИМ И УПРОШЋЕНИМ ПРОЦЕСНИМ ФОРМАМА

5.1. СКРЕТАЊЕ ПОСТУПКА КА ДИВЕРЗИОНИМ ФОРМАМА

За лакша кривична дела која се гоне по службеној дужности јавни тужилац је апсолутни господар политике кривичног гоњења. За кривична дела са прописаном казном затвора до пет година, односно до три године, јавни тужилац има могућност избора између опције да подигне оптужни предлог и тиме захтева покретање сумарног поступка, или да решавање кривичне ствари скрене у неку од диверзионих форми. Већ сām избор процесне форме представља одређену политику кривичног гоњења.

Диверзионе форме везане су за примену начела опортунитета кривичног гоњења, који се испољава у два вида – основни вид је условно одлагање кривичног гоњења, а други, одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности. И у важећем законнику задржана је ранија концепција опортунитета кривичног гоњења, само што је примена основног облика проширена на кривична дела са запрећеном казном до пет година затвора. Код основног облика јавни тужилац ја овлашћен да одложи кривично гоњење под условом да осумњичени прихвати извршење неке од законом прописаних мера коју му јавни тужилац наредбом наложи, па ако обавезу у остављеном року изврши, јавни тужилац је дужан да својим решењем одбаци кривичну пријаву (чл. 283 ЗКП/11). Код другог облика опортунитета, који је могућ за кривична дела са запрећеном казном затвора до три године, јавни тужилац може одбацивати кривичну пријаву из разлога правичности, под условом: да се осумњичени стварно каје; да је због тога спречио наступање штете или је штету већ у потпуности накнадио; и да је јавни тужилац оценио да изрицање кривичне санкције према околностима конкретног случаја случаја не би било правично.

Одлуку да ли ће ићи у кривични поступак или скренути поступак у неку од ових диверзионих форми, јавни тужилац доноси *на основу процене јавног интереса*, што значи да он политику кривичног гоњења креира према критеријуму јавног интереса. Самим усмеравањем кривичне ствари у диверзиону форму јавни тужилац се опредељује за „блажу“ казнену политику, схваћену у ширем смислу речи, зато што тиме искључује примену кривичних санкција.⁸⁰¹ Уместо кривичних санкција, код основног облика опортунитета јавни тужилац као државни орган има власт да налаже друге мере осумњиченом због учињеног кривичног дела. То нису кривичне санкције, а суштински одговарају неким алтернативним кривичноправним мерама. Из тога се може закључити да јавни тужилац *има улогу правосудног органа који изриче парапеналне мере* осумњиченом због учињеног кривичног дела.

Без обзира да ли се ради о условном или безусловном опортунитету кривичног гоњења, доношењем решења о одбацивању кривичне пријаве јавни тужилац као државни орган у ствари доноси одлуку којом *опрашта кривично гоњење* осумњиченом за учињено кривично дело, што суштински значи да у име државе опрашта кажњавање. Да је реч о опроштају кривичног гоњења, односно кажњавања учиниоца види се по правним последицама одлуке јавног тужиоца. Најпре, ова диверзиона форма код

⁸⁰¹ Vidi: Zoran Stojanović, „Krivično pravo i drugi oblici reakcije na društveno opasna ponašanja“, *Naša zakonitost*, 8 (1985), str. 940.

основног облика је истовремено и консесуална форма, јер осумњичени треба да пристане да му јавни тужилац наложи неку од законом предвиђених обавеза и да ту обавезу остављеном року изврши, што суштински значи да осумњичени *implicite* признаје извршење кривичног дела (мада признање није формални услов). Код безусловног опортунитета, стварно кајање осумњиченог такође представља *implicite* (а може у конкретном случају бити и изричито) признање учињеног кривичног дела. Након доношења решења о одбацивању кривичне пријаве, код оба облика опортунитета, осумњичени се правно не третира као учинилац кривичног дела, нити се као такав евидентира, па у случају да након тога учини неко кривично дело, неће се сматрати повратником.

С обзиром да јавни тужилац применом диверзионих форми врши функцију правосудног органа, поготову кад наређује примену алтернативних, парапеналних мера, а према важећим прописима није му потребно садејство суда, поставља се питање како отклонити несклад између уставног положаја јавног тужилаштва (које није правосудни него самостални државни орган), са једне стране, и процесног положаја државног органа који доноси коначну одлуку о изостанку кривичне репресије, односно праштању кажњавања учиниоца, са друге стране. На легислативном плану, усклађивање је могуће у два смера. Један је да уставним гаранцијама самосталности и независности, јавно тужилаштво добије уставни положај правосудног органа, а други, да се у диверзиону форму укључи и суд, који би својом формалном одлуком, било претходном сагласношћу или прихватањем коначне одлуке јавног тужиоца, правно оснажио решење јавног тужиоца о одбацивању кривичне пријаве. (Опширније теоријско објашњење и предлога за превазилажење раскола између уставног и процесног положаја јавног тужиоца, види у делу дисертације о диверзионим формама решавања кривичних ствари).

5.2. УПРОШЋЕНЕ ПРОЦЕСНЕ ФОРМЕ И КАЗНЕНА ПОЛИТИКА

Као један о формалних начина реакције кривичног правосуђа на тенденцију повећања криминалитета, па самим тим на повећање броја предмета које правосуђе треба да решава јављају се упрошћене кривичнопроцесне форме.⁸⁰² У последњим реформама може се запазити тенденција ширења процених форми. Разлоге треба

⁸⁰² О свим видовима реакције кривичног права и кривичног правосуђа на пораст криминалитета броја судских предмета, види: З. Стојановић, „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2009), стр. 14-17.

тражити у томе што су, за разлику од могуће декриминализације и депенализације појединих дела, упрошћене форме прихватљивије за законодавца, који није спреман да се у неким подручјима одрекне кривичне репресије, а упрошћене форме пружају могућност да се на основу процене јавног интереса некад примењује а некад не примњује кривично право, што их чини изузетно флексибилним.⁸⁰³ Наше кривичнопроцесно законодавство познаје две упрошћене процесне форме од значаја за казнену политику судова, рочиште за изрицање кривичне санкције и пресуђење на основу страначких споразума.

Рочиште за изрицање кривичне санкције може иницирати јавни тужилац кад оцени да би санкција која се може изрећи у овој процесној форми задовољила јавни интерес уместо вођења сумарног поступка. У оптужном предлогу којим иницира покретање овог посебног поступка, јавни тужилац предлаже врсту и меру кривичне санкције за коју сматра да треба изрећи окривљеном, али она мора бити у границама које су законом одређене за овај поступак: за кривична дела са запрећеном казном до пет година затвора, може се изрећи казна затвора највише у трајању од две године, а за кривична дела са запрећеном казном до три године затвора, може се изрећи казна затвора до једне године као највиша казна. Ако се окривљени на рочишту сагласи са предлогом јавног тужиоца у погледу санкције или не дође на рочиште, суд изриче предложену врсту и меру кривичне санкције. Ако се сагласио са предложеном санкцијом или не изјави приговор против осуђујуће пресуде, ако није био на рочишту, пресуда постаје правноснажна.

Из напред укратко представљених одредница које одлучујуће детерминишу казнену политику судова у овој упрошћеној процесној форми, могу се запазити следеће карактеристике: самим избором ове упрошћене форме јавни тужилац утиче на изрицање блажих кривичних санкција; суд није овлашћен да мења врсту и меру кривичне санкције коју је у оптужном акту предложио јавни тужилац, већ само може да је прихвати или одбије; логично је да јавни тужилац предложи санкцију која је по врсти мери блажа него што је пракса суда пред којим треба да се одржи рочиште за изрицање кривичне санкције, да би се са предлогом сагласио окривљени. У крајњем, избором да се поступак оконча на рочишту за изрицање кривичне санкције, јавни

⁸⁰³ Види: З. Стојановић, „Поједностављене формме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања* (Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 2009), стр. 15

тужилац се опредељује за блаже кажањање, и тиме утиче да казнена политика судова буде блажа.

У поступку пресуђења на основу страначких споразума, без обзира о ком споразуму је реч, суд може изрећи само врсту и меру кривичне санкције коју је јавни тужилац договорио са окривљеним. Такође као код претходне упрошћене процесне форме, да би окривљени прихватио споразум, јавни тужилац треба да предложи или прихвати такву кривичну санкцију која би била бенефиција за окривљеног. Те бенефиције могу бити и веће него код претходне упрошћене форме, јер поред уговарања блаже казне унутар посебног максимума и минимума казне, погодност која се даје окривљеном може се састојати и у ублажавању казне, па чак и опроштају кривичног гоњења. Следи да су страначки споразуми такође процесне установе путем којих јавни тужилац директно утиче на казнену политику, и то у правцу њеног ублажавања. Са ширењем поља примене споразума о признању кривичног дела на сва па и најтежа дела, шири се и поље утицаја јавног тужиоца на казнену политику судова.⁸⁰⁴

Пошто код обеју упрошћених форми суд може изрећи само санкцију по врсти и мери коју предложи јавни тужилац или о којој се он у страначком споразуму договори са окривљеним, јасно је да јавни тужилац директно утиче на казнену политику судова. Пошто те санкције, да би биле прихваћене од окривљеног, морају бити блаже од уобичајене казнене политике судова за та дела, јавни тужилац путем упрошћених форми увек утиче да казнена политика судова буде блажа. Како је у законодавним реформама изражен тренд ширења упрошћених форми, тиме се истовремено шире објективне претпоставке за настајање тренда блажег кажњавања. У којој мери ће се такав тренд и остварити, искључиво зависи од тога у ком обиму ће јавни тужилац користити упрошћене форм у правосудној пракси.

⁸⁰⁴ Види: В. Ђурђић, „Утицај јавног тужиоца на казнену политику у новом кривичном поступку Србије“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет* (Бања Лука: Министарство правде Републике Српске, 2014ц), , стр. 85. и 86.

Х. ЗАКЉУЧЦИ

I.

1. Уставна и законска дефиниција јавног тужилаштва настала је на почетку друге половине XX века и без икаквих суштинских измена задржала се до данас у позитивном праву, па је због те своје непроменљивости постала „класична дефиниција“, коју прихвата и кривичнопроцесна теорија. Јавно тужилаштво се дефинише као *самостални државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости*. Из дефиниције је виљива природа овог органа и функције за чије вршење је установљен. Јавно тужилаштво је самостални али не и независни државни орган као што је суд, што детерминише његову правну природу – оно има одлике и управног и правосудног органа. Његова основна функција је гоњење учинилаца кривичних и других кажњивих дела, а секундарна, заштита уставности и законитости.

2. Јавно тужилаштво, као државни орган посебно установљен да врши кривично гоњење учинилаца кривичних дела, у Србији има девет деценија дугу традицију. Од свог оснивања 1929. године у Краљевини СХС, а нарочито после Другог светског рата, развој јавног тужилаштва текао је у правцу изградње једног строго централизованог органа: тужилачка организација устројена је као једна пирамидална целина коју чине надлештва нижег и вишег ранга, на чијем врху се налази републичко јавно тужилаштво, односно републички јавни тужилац.

3. Током историјског развоја, мењала се природа тог државног органа: прво јавно тужилаштво, основано још у Краљевини СХС, било је одвојено од судске власти и сматрано је за *орган извршне власти*, на чијем челу је министар правде; после Другог светског рата, јавно тужилаштво је најпре било специфичан *орган највишег законодавног тела* чије је основна функција општи надзор над радом свих органа и појединаца; педесетих година прошлога века јавно тужилаштво је од органа народне скупштине преуређено у *управни орган под надзором савезне владе*, а уместо свеопштег контролора законитости рада органа и појединаца, основна његова функција постаје кривично гоњење учинилаца кривичних дела; са уставним променама у другој половини седме деценије прошлога века, раскинута је веза између јавног тужилаштва и извршне власти (савезне и републичке), и оно је тада устројено као *самосталан орган друштвене заједнице*, са истом основном функцијом – гоњење учинаца кривичних

дела, а секундарно заштита законитости; у даљем историјском развоју јавно тужилаштво се изграђује као самостални управно-правосудни орган, који је више-мање везан за извршну, односно законодавну власт.

4. Уређење јавног тужилаштва и данас почива на начелима устројеним пре седам деценија, непосредно после Другог светског рата. Уређењем јавног тужилаштва доминирају начело јединства и недељивости, начело строге хијерархије, из кога произилазе начело супституције и деволуције, и на крају, начело монократског уређења. Прешироко постављено начело монократског уређења има негативне последице, које представљају разлог да се преиспита начело монократског уређења, у чијим темељима је крута хијерархија. У некој од будућих реформи јавног тужилаштва потребно је ускладити начело хијерархије, као основ монократског уређења, са независношћу свих вршилаца функције кривичног гоњења. У том односу, треба повећати одговорност заменика јавних тужилаца на уштрб строге хијерархије, у правцу њихове веће самосталности и функционалне независности. То не значи да треба укинути досадашње полуге надређености јавног тужиоца, већ им треба поставити законске границе, на пример, тако што би се задржала обавезна упутства, деволуција свела на случајеве нестручног, незаконитог или несавесног рада, а супституција заменика могла би се укинути.

5. Уставна концепција избора носилаца јавнотужилачке функције утемељена је на принципу посредних избора, тако да одговорност за њихово именовање лежи на парламенту. У таквој концепцији, начелно, одлучујућу улогу у поступку предлагања и избора јавних тужилаца и њихових заменика, има извршна и законодавна власт. Овакав политички утицај на именовање носилаца јавнотужилачке функције, негативно се одражава на организациону и функционалну самосталност јавног тужилаштва и самосталност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца. Зато у будућој реформи Устава треба именовање удаљити од извршне и законодавне власти, и поверити га неком самосталном органу, попут Државног већа тужилаца. Да би се се осигурала потребна самосталност овог органа, потребно је обезбедити да у њему носиоци јавнотужилачке функције имају већину, изабрану на непосредним изборима међу свим јавним тужиоцима и заменицима јавних тужилаца. Осим чланова по положају, и сви остали изборни чланови треба да буду изабрани у структурама из којих се истакнути правни стручњаци бирају.

6. Предложеним изменама уставног уређења именовања носилаца јавнотужилачке функције, у садејству са напред предложеним изменама начела уређења јавног тужилаштва, осигурала би се потребна организациона и функционална

самосталност јавних тужилаца и њихових заменика. Тако конституисано уставно устројство јавног тужилаштва потребно је ускладити са јачањем процесног положаја јавног тужиоца, израженог у тенденцији ширења овлашћења у изрицању кривичне репресије у општој, упрошћеним и диверзионим формама. То би се, уз организациону и функционалну самосталност, постигло конституисањем јавног тужилаштва *путем изричите уставне прокламације* да представља *правосудни орган*, а не правосудно-управни, како то сада из уставних одредби произилази.

II.

7. Закоником о кривичном поступку из 2011. године значајно су проширена овлашћења јавног тужиоца у предистражном поступку. Он је сада овлашћен да у предистражном поступку предузима све потражне радње на које је овлашћена и полиција, док је по ранијим прописима могао обавити само информативни разговор. Има овлашћење и да предузме сваку законом предвиђену доказну радњу, изузев оних које су законом искључене, па и саслушање осумњиченог које је по ранијим прописима могла обавити само полиција. И задржавање осумњиченог до 48 сати, које је било ексклузивно овлашћење полиције, сада је стављено у компетенцију јавног тужиоца. Ширење овлашћења јавног тужиоца, њихова природа и обим, *учврстили су јавног тужиоца као руководиоца предистражног поступка.*

8. На општем и концепцијском плану ширење разнородних овлашћења јавног тужиоца у предистражном поступку има ефекат немогућности разликовања функција које врше јавни тужилац и од оних које су традиционално у компетенцији полиције. Са експанзијом овлашћења јавног тужиоца да у предистрази предузима потражне, доказне и радње принуде, нормативно и теоријски, више се *не могу раздвојити функција откривања кривичних дела и учинилаца од функције кривичног гоњења*, нити њихови носиоци.

9. Однос између полиције и јавног тужилаштва као посебних државних органа уређен је на строго хијерархијском принципу, по коме је јавни тужилац као руководилац предистражног поступка, надређени орган. Међутим, због организационе смосталности ових државних органа потребно је синхронизовати њихове делатности ради повећања ефикасности кривичног гоњења, од чега у доброј мери зависи ефикасност читавог кривичног поступка, што изискује усклађивање кривичног процесног са организационим процесним правом.

У кривичнопроцесном законодавству потребно је одговарајућим правилима предупредити расипање ефеката у домену потражне делатности, тако да се спречи њихова усмереност у дивергентним правцима, а такође укинути непотребна овлашћења јавног тужиоца да делегира вршење радње полицији или да јој присуствује. Најзначајније је да се додатним правилима осигура благовремено и обавезно извршење налога које јавни тужилац издаје полицији, али тако да не дестимулише проактивну улогу полиције у откривању кривичних дела и учинилаца.

Резултати истраживања *потврдили су почетну посебну хипотезу* да прописима о организацији и уређењу полиције и јавног тужилаштва нису створене нормативне претпоставке за функционалну и организациону надређеност јавног тужиоца над полицијом, неопходну за синхронизовану и успешну делатност ових органа, нарочито у предистражном поступку. Зато је у организационом процесном праву неопходно успоставити функционалну хармонију између полиције и јавног тужиоца. Руководећи се искуствима из упоредног права, делотворно би било *установити правосудну полицију*, која би организационо и функционално била подређена јавном тужиоцу. Оваква концепцијска кохерентност била би делотворна за ажурно и квалитетно извршавање налога јавног тужиоца од стране полиције, зато што би јавни тужилац вршио надзор над радом правосудне полиције и у његовој власти би био пријем, каријерно напредовање и дисциплинска одговорност полицијских службеника. Предложене измене у организационом и процесном праву допринеле би синхронизацији и већој ефективности и ефикасности извиђајне делатности, која је претпоставка ефикасног кривичног гоњења.

III.

10. Нижи степен сумње (односно основи сумње), потребан за покретање истраге, и још истоветан са степеном потребним за покретање предистражног поступка, омогућава јавном тужиоцу да сам процењује у ком ће тренутку покренути истрагу, док је раније могао захтевати спровођење истраге само онда кад има јачи доказни материјал из ког произилази виши степен сумње – основана сумња о делу и учиниоцу, као законски услов за спровођење истраге. То значи да сада може покретати истрагу управо ради прибављања доказног материјала оног квалитета који је раније морао већ прибавити у преткривичном поступку да би захтевао покретање истраге. Утолико је његов задатак олакшан а сам положај комфорнији.

Прописивање истог материјалног услова за покретање истраге и истражног поступка који јој претходи, с правом је подвргнуто научној и стручној критици. На концепцијском плану такво законско решење противречи логици кривичног поступка, која претпоставља да се у свакој наредној фази поступка оствари напредак у откривању и разјашњењу кривичног дела и учиниоца. Суштински, створено је латентно поље за арбитрерност јавног тужиоца приликом покретања истраге у практичном поступању, уместо сигурног критеријума за примену начела легалитета кривичног гоњења. Из тих разлога у будућој реформи кривичног поступка треба отклонити овај недостатак у законској регулативи. Могућа су два законска решења, зависно од концепције јавнотужилачке истраге која буде надвладала. За случај да остану обе фазе претходних истраживања, фаза претходне истраге, као неформална, и фаза истраге, као формална фаза, материјални услов за покретање истраге треба подићи на ниво основане сумње. Други начин да се реши овај проблем био би да се реформише концепција претходних истраживања увођењем само једне фазе истраге, која би била неформална и обухватала би садашњи предистражни поступак и фазу истраге, па би био потребан само један, најнижи степен сумње, који би се могао прописати законом, како то наш законодавац традиционално и чини.

11. Прописивање да истрага започиње формалном одлуком јавног тужиоца подложно је критици, јер се не види који смисао доношења те одлуке ако се одмах не дотавља осумњиченом, а против ње није допуштена жалба. Није ни доследно: нелогично је да јавни тужилац негативну одлуку о покретању поступка доноси у форми решења (решење о одбацивању кривичне пријаве), а одлуку о покретању кривичног поступка, у форми наредбе! Још мање се види смисао доношења формалне одлуке ако се истрага покреће против непознатог учиниоца, кад се не зна против кога се доноси и не може се никоме уручити. И са становишта уставности и правних стандарда права на правично суђење, покретање истраге одлуком против које није допуштена жалба суду, чини се неодрживим. Неуставне су законске одредбе којима осумњиченом није обезбеђена судска заштита, зато што не осигаравају право свакога да суд одлучи о основаности сумње која је разлог покретања кривичног поступка против њих и не предвиђају право осумњиченог на правно средство, како то Устав гарантује. Отуда је настала неодложна потреба да се нормативно уређење одлуке јавног тужиоца о покретању истраге конституционализује, што је могуће учинити на два начина. У моделу формалне истраге којом започиње кривични поступак а претходи јој фаза

неформалног предистражног поступка, адекватна новела би била да се предвиди покретање истраге одлуком у форми решења, против којег би осумњичени имао право жалбе суду. Други начин би био да се уведе једнофазна неформална истрага, која би се покретала првом радњом органа гоњења против осумњиченог, који би био дужан да га о томе обавести. Не би било потребно доношење формалне одлуке и установљавање жалбе против ње, пошто једнофазна истрага не би била фаза кривичног поступка за који се везује судска заштита, него би му претходила.

12. Истрага се сада може водити и против непознатог учиниоца, а према раније важећим прописима истрага се могла покренути само *ad personam* – против одређеног лица за одређено кривично дело. Тиме је у извесној мери релаксиран положај јавног тужиоца јер нема противну странку наспрам себе, па истрагу спроводи без њеног учешћа. Имајући у виду претходну констатацију, то би значило да се, зависно од праксе која буде установљена у раду јавних тужилаца, тежиште поступка може пребацити са предистражног поступка на истрагу.

Покретање истраге против непознатог учиниоца такође је оштро критиковано у научним и стручним радовима. Право је сваког лица да учествује у кривичном поступку који се против њега води, као међународни и уставни правни стандард који је саставни део права на правично суђење. Отуда, ако се окривљеном суди у одсуству, мора му се осигурати бранилац прописивањем обавезне стручне одбране. У даљим фазама поступка потребно је осигурати једнакост оружја и могућност да се контрадикторно изведу докази чијем извођењу није могао присуствовати у истрази, али сва та јемства правичног поступка важећи законик игнорише. Решење овог проблема је да се у истрази која је установљена као саставни део и прва фаза кривичног поступка и која започиње формалном одлуком јавног тужиоца, укине могућност покретања истраге против непознатог учиниоца.

13. Наш законодавац је у потпуности преузео одредбе старог законика којима је била уређена сврха судске истраге иако је увео јавнотужилачку, чиме је природа истраге радикално измењена. Та идеја законодавца да истражног судију само замени са јавним тужиоцем, а да у свему осталом истрага буде уређена као судска, сасвим је неприхватљива. Природи јавнотужилачке истраге је примерено да има само један циљ да се у њој прикупе докази, који ће омогућити јавном тужиоцу да подигне оптужбу или одустане од кривичног гоњења. Нелогично је и неправично да јавни тужилац као једна странка, у истрази уопште изводи доказе који се касније могу користити као чињенична

основа пресуде, као да су ти докази изведени пред судом на главном претресу. Из тог разлога, треба укинути оба секундарна циља истраге, садржана у одредбама важећег законика којима је формулисана сврха истраге, пошто се односе на извођење доказа којег не сме бити без учешћа суда.

14. Јавнотужилачка истрага је у потпуности формална, са процесним дејствима на даљи ток поступка као да је и даље судска. У истрази се и даље спроводе истражне радње, садашњом терминологијом, предузимају се радње доказивања, у законом прописаној форми, тј. „у складу са законом“, како гласи законски израз. Сви ти докази до којих јавни тужилац у истрази дође предузимањем доказних радњи у законом предвиђеној форми, могу се на главном претресу користити и директно бити чињенична основа пресуде, без поновног извођења на главном претресу. На тај начин су изједначени докази несудских органа са судским доказима, односно са доказима изведеним пред судом. Овакво нормативно уређење истраге не егзистира ни у оптужном ни у мешовитом типу кривичног поступка. У чисто оптужном моделу и нема истраге у класичном смислу како се у европском континенталном праву схвата, већ постоји страначка, односно „паралелна истрага“ у кој се само прикупљају а не изводе докази, и то полиција и тужилац у корист оптужбе, а са друге стране, окривљени и његов бранилац у корист одбране. Јавни тужилац не изводи доказе ни у јавнотужилачкој истрази у мешовитом, континенталноевропском типу кривичног поступка. Разлика од претходних истраживања у оптужном моделу је у томе што постоји државни монопол прикупљања доказа у истрази, оличен у јавном тужилаштву као државном органу, и што је одговорност за прикупљање доказа на органу поступка, који је дужан да се стара како о доказима на терет тако и о доказима у корист оумњиченог. Ни у упоредном законодавству не постоји модел јавнотужилачке истраге у коме јавни тужилац предузима истражне радње чији резултати имају снагу судских доказа, те се наш модел може оценити као легислативни експеримент који би што пре требало превазићи.

Уместо експеримента, излаз треба тражити у моделу јавнотужилачке истраге који познају савремена кривичнопроцесна законодавства. Јавнотужилачка истрага *de lege ferenda* треба да буде једнофазна и неформална, да претходи кривичном поступку а да не буде његов структурални елемент. Уместо садашње имитације паралелне истраге, нормативно уређење треба засновати на принципима истраге коју спроводи јавни тужилац у мешовитом типу кривичног поступка, поштујући нашу правну

традицију. Јавни тужилац у истрази не би смео преузимати онај део функције суђења који се састоји у утврђивању чињеница помоћу извођења доказа. У тако конципираној истрази, јавни тужилац не би изводио већ прикупљао доказе, а као државни орган старао би се о законитости поступка и утврђивању истине. За извођење доказа у истрази функционално надлежан мора бити судски орган (у постојећем моделу то би био судија за претходни поступак), као што је у време важења судске истраге било прописано за преткривични поступак.

15. Прописано присуство појединих учесника поступка радњама доказивања које у истрази предузима јавни тужилац, такође је погрешно законско решење, као сегмент погрешне замисли да се може заменити само орган који спроводи истрагу а да у свему осталом остане као да је судска. Учешће странака и оштећеног у спровођењу истражних радњи док је истрага била судска имало је смисла јер се тако обезбеђивала страначка јавност у истрази и контрадикторност као на главном претресу. У уведеној јавнотужилачкој истрази нема ни страначке јавности ни контрадикторног извођења доказа, јер нема странака пошто је јавни тужилац у истрази орган поступка. Није прописано ни основно и унакрсно испитивање сведока и вештака, без којих нема извођење субјективних доказа на главном претресу. Сада је основно правило да осумњичени и бранилац постављају питања преко јавног тужиоца, који одлучује да ли ће питање поставити и како. Зато се њихово присуство практично своди на контролу законитости и веродостојности доказне радње коју предузима јавни тужилац, што се могло постићи и тонским снимањем и електронским записом реченог у реалном времену, путем одговарајућег рачунарског програма. Закључак би био да присуство осумњиченог и браниоца доказним радњама не може надоместити процесну неравноправност и једнакост оружја, нити конвалидирати доказе несудских органа тако што би их само присуство доказној радњи уздигло на ранг судских доказа. Решење је да се уместо предузимања доказних радњи од стране јавног тужиоца установи рочиште за извођење доказа које би се одвијало по истим правилима као на главном претресу.

16. У истрази једино јавни тужилац сада одлучује које ће се доказне радње предузети, без неке делотворне спољашње контроле, било да радње предузима по сопственој иницијативи или на иницијативу осумњиченог. У доскорашњем моделу истраге и по овом питању постојала је двостепеност у одлучивању, нарочито у ситуацији кад је међу странкама настане спор да ли неку истражну радњу треба предузети, или кад постоји неслагање између странке и истражног судије. У тим

случајевима, по страначким жалбама, у другом степену одлучивало је ванпретресно веће. На тај начин је ванпретресно веће доносило коначну одлуку о спорним доказним радњама, па самим тим утицало на обим истраге, а поред тога било у функцији заштите окривљеног поводом његових доказних предлога. Сада, јавни тужилац коначно одлучује о предузимању доказних радњи у истрази, чак и оних које предложи окривљени, иако већ у следећој фази поступка постаје „равноправна“ странка, што доводи у питање правичност поступка. Закључак не може оспорити ни бојажљиво установљено учешће суда у одлучивању о извођењу доказа у корист одбране, пошто је тај правни механизам неделотворан.

17. Улога суда у истрази је лимитирана, јер је суд скоро у потпуности упасивљен. Улога суда конципирана је тако да се јавља само као заштитник права и слобода учесника поступка. Једино кад се радњама принуде ограничава лична слобода осумњиченог или кад се доказним радњама задире у његову приватност, прописано је учешће суда, и стављено је у функционалну надлежност судије за претходни поступак. Мада је предвиђена минимална улога суда и кад се јавни тужилац не сагласи са доказним предлогом осумњиченог, ипак се може констатовати да суд коначно не одлучује о предузимању доказних радњи. Тиме се одговорност за квантитет и квалитет доказа пребацује у потпуности на јавног тужиоца, што уједно јача његов положај, али доводи у питање правичност поступка.

Ревносно инсистирање законодавца да суд у адверзијалном моделу кривичног поступка не сме да се меша у одлуку јавног тужиоца о покретању истраге, јер је кривично гоњење посао тужиоца, ни у извођење доказа, јер је то посао странака, уместо расподеле основних процесних функција, произвео је сасвим супротан ефекат. Ако се суђење састоји од утврђивања чињеница, најчешће доказивањем, и примене правних норми на утврђено чињенично стање, онда омогућавање јавном тужиоцу да изводи доказе у истрази значи да преузима део есенције суђења. По самој дефиницији суђења, сви докази морају се изводити пред судом, непосредно и контрадикторно, па је то основни разлог, поред начела правичности, да се суду повери извођење доказа и у јавнотужилачкој истрази. Поред тога, кривично гоњење мора бити законито, па се морају поштовати све уставне гаранције које штите осумњиченог од неоправданог и незаконитог гоњења. Како је уставом установљена судска заштита у том циљу, принципи уставности и законитости налажу да се законом омогући осумњиченом право на приступ суду и приликом покретања истраге.

На овим идејама модел истраге у будућој реформи кривичнопроцесног законодавства претпостављао би ширење компетенција суда у претходном поступку, установљавање жалбе суду на одлуку јавног тужиоца о спровођењу истраге, ако формално покретање истраге буде задржано, и обавезно увођење доказног рочишта пред судом, како би се обезбедили докази за које постоји опасност да се неће моћи извести на главном претресу.

18. Истрага више ни у ком случају није обавезна, у сумарном поступку, за дела са запређеном казном до осам година, уопште је нема, а за тежа дела сам јавни тужилац одлучује да ли ће водити истрагу или подићи непосредну оптужницу. По ранијим прописима, за дела са запређеном казном до пет година затвора водио се сумарни поступак, који иначе нема фазу истраге, док ја за тежа дела истрага била обавезна. Ако би јавни тужилац сматрао да је истрага у неком случају непотребна, морао је да покрене поступак за подизање непосредне оптужнице, да би за непосредно оптужење добио сагласност суда. Следи да је сада јавни тужилац апсолутни господар подизања оптужбе: за тежа дела (са запређеном казном преко осам година затвора) у сваком конкретном случају процењује и одлучује да ли ће покренути истрагу: ако сматра да има места непосредној оптужби, просто ће подиће (непосредну) оптужницу, за шта му није потребна сагласност суда. Такво уређење у хармонији је са природом јавнотужилачке истраге и начелом оптужбе, али се тиме одговорност и ризик исправности процесне за покретање судског кривичног поступка пребацује у свему на јавног тужиоца. Док је истрага била судска, одговорност за подизање непосредне оптужбе кад су у питању тежа кривична дела (за која се сада води редовни кривични поступак), делили су јавни тужилац и истражни судија, пошто се непосредна оптужница једино могла подићи уз претходну сагласност истражног судије.

19. Приликом уређења истраге законодавац није увек успевао на одговарајући начин да споји јавнотужилачку природу истраге, коју карактеришу инквизициони елементи, са адверзијалним принципима уређења судског поступка. Једно од нелогичних и стога неприхватљивих законских решења је и постављање браниоца по службеној дужности у фази истраге. Парадоксално је да једна странка – тужилац, за будуће фазе поступка поставља браниоца другој странци – осумњиченом. Тиме је јавни тужилац у реформисаном поступку добио сасвим нова овлашћења, која превазилазе оквире не само процесне странке него и органа поступка. Та овлашћења није имао ни истражни судија, док је истрага била судска.

20. У одредбама о покретању и обустави истраге власт одлучивања припада искључиво јавном тужиоцу а уопште нема предвиђених механизма спољашње контроле, који би били установљени у циљу заштите слобода и права осумњиченог и оштећеног као учесника кривичног поступка. Ради остварења тог задатка, устројена је унутрашња контрола у оквиру јавнотужилачке организације, коју могу иницирати и ови процесни субјекти. Она, по својој природи, представља поступак надзора над радом нижег јавног тужиоца, недовољна је и не може бити делотворна, пошто би због строге хијерархијске организације јавног тужилаштва усвајање њихових приговора фактички било признање сопственог пропуста у контроли нижег тужилаштва. Тиме је потврђена једна од посебних хипотеза дисертације да је јавни тужилац *dominus litis* претходног кривичног поступка и да са становишта заштите осумњиченог и оштећеног нема никаквог правног механизма спољашње контроле од стране суда или жртве кривичног дела, која би била утемељена на ауторитативним правним стандардима.

21. Општи закључак би био да је јавнотужилачка истрага уређена као да је судска, само је јавни тужилац заменио истражног судију, и као таква по својој концепцији не одговара англоамеричком моделу истраге, који је био узор нашем законодавцу, а ни јавнотужилачкој истрази савремених европских законодавстава која гаје традицију мешовитог типа кривичног поступка. Поједина концепцијска решења фазе истраге и више суштинских овлашћења одређују такав положај јавног тужиоца који претпоставља постојање прерогатива правосудног органа, које јавно тужилаштво по Уставу нема: сврха истраге проширена је и обезбеђење доказа за које прети опасност од одлагања и доказа чије извођење се чини целисходним; јавни тужилац као орган поступка у истрази изводи доказе у законом прописаној форми, који могу бити чињенична основа пресуде без поновног извођења на главном претресу; јавни тужилац одлучује о предлозима осумњиченог и браниоца да се изведу докази у корист одбране и изводи те доказе; приликом прибављања исказа сведока и вештака, јавни тужилац их испитује и одлучује о питањима која жели да постави одбрана; јавни тужилац у истрази поставља за даље фазе поступка браниоца по службеној дужности осумњиченом, као противној странци у судском кривичном поступку. Из реченог следи да је истраживањем законског уређења истраге *потврђена општа хипотеза дисертације* да је у новом моделу кривичног поступка Србије, радикално измењен општи положај јавног тужиоца, који изискује преиспитивање и реформисање његове улоге у кривичном поступку. *De lege ferenda*, та реформа могла би се реализовати

моделирањем једнофазне неформалне истраге, чија би сврха била прикупљање само доказа за подизање оптужбе или одустанак од гоњења, по узору на јавнотужилачку истрагу континенталноевропских, пре свега законодавстава германских земаља, уз поштовање наше кривичнопроцесне традиције, што искључује адверзијалне елементе страначке истраге.

IV.

22. У фази стављања под оптужбу, за реформисани кривични поступак концепцијски су најважније две промене, уведена је контрола оптужбе по службеној дужности и укинута су посебна правила о контроли непосредне оптужнице. У теорији кривичног процесног права и упоредном праву превладава став да увођење јавнотужилачке истраге захтева обавезну судску контролу оптужбе у свакој кривичној ствари пре започињања судског кривичног поступка. Идеја је да се у моделима поступка где је истрага уређена без судске контроле кривичног гоњења, предупреди неосновано и незаконито извођење окривљеног пред суд. Легислативно се ово гледиште операционализује увођењем судске контроле оптужбе по службеној дужности, што је наш законодавац и учинио. Контрола се ставља у функционалну надлежност различитих судских органа, у инокосном или зборном саставу, који најчешће нису судећи суд који мериторно пресуђује кривичну ствар.

23. Када је реч о подизању оптужбе, сада јавни тужилац сам процењује да ли је потребно спроводити истрагу или подићи непосредну оптужбу, а кад одлучи да истрагу спроведе, сам оцењује у ком тренутку је стање ствари довољно разјашњено. Установљавање јавнотужилачке истраге повезано са измењеним процесним правилима о подизању оптужнице, адресира јавног тужиоца као јединог одговорног за квалитет кривичног гоњења и успех кривичне тужбе. У даљем поступку контроле подигнуте оптужбе, јавни тужилац сада сноси сам одговорност за квалитет и резултате истраге, док је раније њу делио са истражним судијом, а најчешће се одговорност за неуспех оптужења сваљивала на истражног судију због лоше спроведене истраге. У погледу самог подизања оптужбе, промена у процесном положају јавног тужиоца је утолико што је он постао искључиви господар подизања непосредне оптужбе, али је истовремено и једини одговоран за евентуални неуспех подигнуте непосредне оптужнице. Док је истрага била судска, ризик непосредног оптужења делио је са истражним судијом за дела за која се сада води редовни поступак. Сада је једини адресат одговорности за неуспех непосредне оптужбе, а последице неуспеле

непосредне оптужнице су исте као кад суд донесе мериторну либераторну пресуду. Све то указује на радикалну промену улоге и положаја јавног тужиоца у стадијуму претходног кривичног поступка – јавни тужилац је из кабинетског службеника у чијој компетенцији је била функција кривичног гоњења, трансформисан у проактивног руководиоца предистражног поступка, у органа поступка без чије активне улоге нема благовремене и ефикасне истраге, у апсолутног господара јавне кривичне тужбе, једино одговорног за њен успех у судском кривичном поступку.

24. Форма нашег поступка контроле оптужбе неадекватна је у односу на адверзијално уређен главни стадијум кривичног поступка. Дисхармонија је чита, а усвојени начин контроле оптужбе заснован је на инквизиционим елементима и карактеристичан је за мешовити, а не адверзијални тип кривичног поступка. Положај окривљеног знатно је неповољнији у односу на раније законско решење а сам поступак је мање правичан, јер је одговор на оптужницу неделотворан и не обавезује суд, а учешће браниоца и окривљеног на седници већа на којој се испитује оптужница није предвиђено. Уколико је мањи утицај окривљеног на доношење судске одлуке у поступку испитивања оптужбе, веће су шансе јавног тужиоца да се на његовом доказном материјалу донесе одлука о потврђивању оптужнице, па је утолико његов положај повољнији за успешно обављање функције оптужбе. Основни је недостатак форме поступка испитивања оптужнице у томе што је у потпуности искључено начело контрадикторности, због чега нема ни равноправности странака, која је темељна претпоставка правичног поступка.

Из ових разлога, треба осавременити форму поступка контроле оптужбе и *de lege ferenda* предвидети обавезно испитивање основаности одговора на оптужницу од стране суда, а уместо затворене седнице ванпретресног већа установити посебно рочиште за контролу оптужнице, засновано на начелу контрадикторности. Идеја је да нови концепт форме поступка контроле оптужбе, омогући суду испитивање оптужбе на основу списка предмета, навода изнетих у одговору на оптужницу и евентуалних доказа одбране, као и усмених образложења које странке и бранилац дају на рочишту.

25. Законско уређење одлука у поступку контроле оптужбе преузето је из ранијег система контроле оптужбе, са појмовним прилагођавањем процесним институтима из новог модела кривичног поступка. На основу анализе законских одредби, општи закључак је да уређење одлука у поступку контроле, осим теоријске

упитности, није усклађено концепцијски, али и у појединостима, са усвојеним моделом јавнотужилачке истраге и прокламованим адверзијалним главним (судски) поступком:

- Преузимање одредби о одлуци којом суд наређује спровођење или допуна истраге, из мешовитог типа кривичног поступка у коме је истрага била судска, концепцијски не одговара усвојеном моделу истраге у коме је јавни тужилац апсолутни господар, а суд нема никаквог утицаја на одлуку јавног тужиоца о покретању истраге ни на само спровођење и окончање истраге. Овлашћења да врши контролу оправданости и законитости покретања истраге, која суд нема у истрази, дата су му у фази оптужења, што је нелогично и недоследно. Одлука је неусклађена и противречи укидању тзв. инквизиционе максиме и начела истине, јер суд уместо да одлучује о основаности оптужбе, практично наређује истраживање истине у датој кривичној ствари. Овом одлуком, кад се посматра у целини, а посебно указивањем које доказне радње треба спровести, суд практично стаје на страну јавног тужиоца и помаже му у вршењу функције гоњења. Све су то разлози да се укину одредбе о одлуци којом суд наређује спровођење или допуну истрагу. Уколико се у некој будућој реформи у истрагу uvede судска заштита слобода и права окривљеног (и оштећеног), и врати начело истине у кривични поступак, ова одлука одлука би могла опстати, и не би била анахрона.

- Доношењу одлуке о издвајању записника, осим што је концепцијски примерено адвезијалном моделу кривичног поступка, више одговара рочиште за контролу оптужбе уређено на начелу контрадикторности него судско испитивање *in camera*. Рочиште је адекватније зато што законом нису прописане никакве санкције за случај да јавни тужилац не обелодани све доказе у истрази, па у списима могу и после подизања оптужнице остати записници о незаконитим доказима. Рочиште се показује као адекватно законско решење и у случајевима кад је питање незаконитих доказа чињенично и правно комплексно. Поред тога, из разлога правичности и ефикасности поступка треба установити право жалбе и на негативну одлуку о предлогу за издвајање незаконитих доказа, како би се благовремено пред другостепеном судском инстанцом дефинитивно одлучило о (не)законитости неког доказа, и тако спречила контаминација у даљим фазама кривичног поступка.

- Негативно одређени услови за одлуку о потврђивању оптужнице представљају концепцијску грешку, зато што у новом моделу поступка суд тек у фази оптужења врши испитивање и оцену основаности и законитости кривичног гоњења, односно

оптужбе. Уместо суштинског испитивања, обавезна судска контрола прети да се претвори у формалност. Зато *de lege ferenda* у законску одредбу треба унети да веће потврђује оптужницу, *кад установи да постоји оправдана сумња* да је окривљени учинио кривично дело које му се оптужницом ставља на терет.

26. Надмоћи јавног тужиоца и у судском поступку у односу на окривљеног, а не само у јавнотужилачкој истрази, доприноси и концепција започињања судског кривичног поступка, тачније формирање судског предмета. Прописано је да јавни тужилац предаје суду целокупне своје списе, у којима су и записници о свим изведеним доказима. Након судске контроле оптужбе ти списи се просто достављају судећем већу и тако постају судски. На тај начин судеће веће пре почетка главног претреса остаје под снажним утицајем јавнотужилачких доказа. Да је „инфекција“ јавнотужилачким доказима незаобилазна, произилази из одредби о фиксирању исказа на главном претресу. Суд у записник о главном претресу не уноси у целости исказ сведока и вештака, већ је дужан да унесе само одступања од исказа датог јавном тужиоцу, што значи да се са њима морао претходно упознати.

27. Са правноснажношћу одлуке о потврђивању оптужнице јавни тужилац номинално постаје кривичнопроцесна странка. До тог момента, у фази стављања под оптужбу, јавни тужилац има овлашћења и као државни орган и као странка, што концепцијски не одговара адверзијалном кривичном поступку. Од завршетка истраге, за јавног тужиоца су сви рокови инструктивни, чије непоштовање не штети јавном тужиоцу нити узрокује процесне санкције. На тај начин је и у фази оптужења опстала улога јавног тужиоца као државног органа, механички преузета из ранијег мешовитог система кривичног поступка. Такво уређење примерено је мешовитом типу кривичног поступка са израженим инквизиционим елементима у претходном кривичном поступку. Уместо инквизиционих, адверзијални поступак морао би бити страначки уређен већ од самог иницирања судског кривичног поступка, од достављања оптужнице суду, у коме би сви рокови и за јавног тужиоца као странке, морали бити преклузивни.

V.

28. Из упоредне анализе законодавстава која су увела јавнотужилачку истрагу и теоријских схватања адверзијалног кривичног поступка, може се закључити да *јавнотужилачкој истрази нужно не следи адверзијални главни претрес*. Законодавства ексјугословенских држава, спојила су адверзијални главни поступак са

јавнотужилачком истрагом, варирајући различите модалитете. Насупрот томе, после увођења јавнотужилачке истраге, Немачка, Аустрија и већина европских земаља, задржале су класичан мешовити кривични поступак, али са високим степеном очувања начела непосредности и контрадикторности. Као савремене, ове типичне европско-континенталне кривичне процедуре успостављају равнотежу између начела расправности и доказне активности странака, с једне стране, и начела истине у кривичном поступку, с друге стране.

На теоријском плану, класичан адверзијални кривични поступак подразумева пороту, састављену од обичних грађана, која одлучује ко је победник правног, превасходно доказног двобоја. На другој страни, у домену правне културе, савремене правне државе брижљиво чувају своју кривичнопроцесну правну традицију. Наш законодавац се оглушио о оба ова захтева, о есенцијални концепцијски (пошто наш правосудни систем не познаје пороту), и о преко потребан културолошки захтев, јер српско процесно законодавство баштини мешовити тип кривичног поступка, које се развијало под утицајем аустријског и немачког кривичног процесног права.

29. Операционализација идеје нашег законодавца о адверзијалном главном претресу, на нормативном плану носи у себи унутрашњу *противречност са прокламованим основним задатком кривичног поступка*, а чист адверзијални модел доводи у питање *уставност читавог концепта*. Делегитимизација суда на плану доказивања и протеривање начела истине из кривичног поступка у потпуном су нескладу са вековним одређењем циља кривичног поступка „да нико невин не буде осуђен“, а одговорност процесних странака за утврђивање чињеница због страначке пристрасности неподесна је за остваривање овог јавног интереса. Уставну гаранцију да свако има право да суд расправи о оптужби против њега за учињено кривично дело, у чијој формулацији одише дух мешовитог типа кривичног поступка, никако не задовољава законска концепција да странке о оптужби расправљају пред судом, која је типична за адверзијални главни претрес пред поротом.

30. У новом, адверзијалном моделу главног претреса српског кривичног поступка, одговорност за наступање и извођење доказа, па самим тим и за утврђивање чињеница, преваљена је у потпуности на кривичнопроцесне странке, и то пре свега на тужиоца, на коме лежи терет пружања доказа. Тај фундаментални легислативни заокрет остварен је укидањем начела истине и инквизиционе максиме, стављањем у руке странака потпуне доказне иницијативе и функције извођења доказа, што је

концепцијски усмерено ка потпуној пасивизацији суда у домену доказивања. Са становишта окривљеног, концепција је изразито нехумана, а сам поступак дубоко неправичан. Неморалним протеривањем начела истине из кривичног поступка обесмишљено је изрицање правде, и доведен у питање темељ на коме се традиционално заснива право државе на кажњавање учинилаца кривичних дела. Зато концепцијски треба *изнова реформисати читав модел* главног поступка и *вратити начело истине* у основна начела кривичног поступка, а *суду дати улогу класичног органа који утврђује чињенице и пресуђује кривичну ствар у јавном интересу*. За то је потребно снабдети га одговарајућим процесним овлашћењима у домену наступања и извођења доказа, тако да не буде ограничен доказном иницијативом странака. У тим концепцијским оквирима такође *треба осигурати максималну реализацију начела контрадикторности*, примереног цивилизацијском амбијенту савремене процедуре, како би се омогућило странкама да свестрано расправе кривични предмет, и својом активношћу допринесу истинитом утврђивању важних чињеница и правилној примени закона.

31. По замисли законодавца од момента потврђивања оптужнице започиње судски кривични поступак, у коме јавни тужилац постаје кривичнопроцесна странка, и то равноправна са окривљеним. Међутим, многа законска решења којом је требало да се операционализује та основна концепција, у толикој мери су се обрушила и разорила ту идеју, да се једва *може говорити и то само о формалној, односно номиналној а никако о суштинској равноправности*. Адверзијална природа поступка претпоставља процесну равноправност странака, изграђену на одговарајућим принципима и са процесним правилима, којима се обезбеђују једнаке могућности странака да утичу на ток и исход поступка. Такву слику равноправности странака, на први поглед пружа њено нормативно уобличавање, али је она привидна. Концепција страначке равноправности разрушена је непримереним одступањима од основних начела кривичног поступка и задржавањем или увођењем одређених инквизиционих елеманата, којима се фаворизује јавни тужилац као странка, као и недовољним гаранцијама права на браниоца, без којег нема адверзијалног поступка који истински представља фер суђење, те увођењем преклузије доказне иницијативе након одређене фазе.

32. *Номинална равноправност* кривичнопроцесних странака настоји се постићи прописивањем могућности активног учешћа у бројним делатностима које чине фазу припремања главног претреса и сам главни претрес, као и стварањем нормативних

претпоставки да се једна странка непосредно изјасни о ставовима супротне странке. На самом почетку фазе припремања главног претреса, са циљем да осигура претпоставке за страначку равноправност, законодавац уводи начело контрадикторности на припремно рочиште. Међутим, то се чини на начин примерен овој фази, тако да се не води расправа о оцени доказа него само да ли је предложени доказ потребан и подобан за доказивање спорних чињеница. На главном претресу, већ од уводних излагања омогућена је реализација начела контрадикторности као функционалног израза „једнакости оружја“, мада се своди само на најаву страначког двобоја. Карактер адверзијалног, главни претрес добија јер је изграђен успостављањем доказног поступка утемељеног на потпуној афирмацији начела контрадикторности. Доказна иницијатива је у искључивој компетенцији странака, које су једине овлашћене да предлажу и изводе доказе, без икаквих процедуралних разлика између тужиоца и оптуженог. Доказна активност и равноправност странака посебно долази до изражаја приликом испитивања сведока и вештака, које карактерише основно и унакрсно испитивање, а процесна правила доказивања афирмишу расправност и „једнакост оружја“. Завршна реч је типичан вид испољавања контрадикторног поступка, који странкама омогућава да изнесу сопствено виђење чињеничне и правне оформљености предмета на бази изведених доказа на главном претресу, али и да уједно дају и оцену чињеничних навода и правних тумачења супротне странке.

33. Закључак о суштинској неравноправности произилази из анализе ефеката законских одредаба које се односе на *преливање резултата истраге* на главни претрес, *одступања од начела непосредности*, *давање неодговарајуће правне снаге несудским доказима* и *мањкаво уређење права на браниоца*. Уместо да се са свим доказима упозна тек на главном претресу, како би принципијелно било у адверзијалном поступку пред поротом, председник судећег већа за све доказе из истраге сазнаје из списка предмета јавног тужиоца, нарочито из записника које је сам јавни тужилац сачинио, чиме се *инфицира судијска непристрасност*. Докази које је јавни тужилац као орган поступка *извео у истрази*, посредним коришћењем на главном претресу путем увида у записнике о испитивању сведока и вештака, *могу постати чињенична основа пресуде*, што неправично фаворизује јавног тужиоца као странку, које својство је добио након потврђивања оптужнице. Због потпуне пасивизације суда, при сваком *учешћу окривљеног на главном претресу без браниоца он се налази у изразито неравноправном положају*, што наш законик допушта иако адверзијално уређење поступка захтева

браниоца у свим кривичним стварима. *Због преклузије доказних предлога после потврђивања оптужнице*, јавни тужилац на главном претресу не мора доказивати неоспорени део оптужнице, јер за те чињенице настаје фактичка претпоставка да су истините, чиме се очито привилегује. Оваквим ублажавањем терета доказивања, јавни тужилац може доћи у привилегован положај и кад окривљени из незнања или грешком не оспори неки део или целу оптужницу, а окривљени нема процесних могућности да свој лошији положај поправи. На крају, странке су само формално а не и стварно равноправне јер *јавни тужилац има целокупну логистичку подршку државног апарата*, наспрам кога стоји окривљени само са својим браниоцем. Само окривљени који има велика финансијска средства да ангажује тимове најбољих адвоката и одговарајућих агенција који би били способни да спроведу сопствену истрагу у корист одбране, могао би да се приближи стварној равноправности са јавним тужиоцем као супротном странком.

34. И нека конкретна законска решења утичу на неравноправност странака у поступцима који се воде по јавној кривичној тужби. *Одржавање претреса на припремном рочишту фаворизује јавног тужиоца*, јер ће се у највећем обиму важне чињенице доказивати на основу доказа изведених у истрази. Законска забрана да се на главном претресу доказује део оптужнице који није оспорен на припремном рочишту, фаворизује тужиоца имплицитном презумпцијом истинитости неоспореног дела оптужбе. И промовисање *принципа преклузије доказних предлога* након припремног рочишта, *ставља у инфериорни положај некуког оптуженог без браниоца*, са штетним последицама по одбрану, које се у каснијем току поступка не могу надоместити. У оквиру законских претпоставки за одржавање главног претреса, недолазак јавног тужиоца на главни претрес није ничим санкционисан, па ни презумпцијом одустанка од гоњења, за разлику од других овлашћених тужилаца, док на супротној страни, недолазак оптуженог може имати за последицу примену радњи процесне принуде због неодржавања позиву суда.

35. Задатак је припремног рочишта да омеђи предмет расправе и осигура услове за континуирани и рационални ток главног претреса, с циљем његовог убрзања и повећања ефикасности. На припремном рочишту заступљено је начело контрадикторности, али се странке изјашњавају само о томе да ли је предложени доказ потребан и адекватан за доказивање спорних чињеница. Увођење овог потпуно новог кривичнопроцесног института има извесне концепцијске и суштинске недостатке.

Неприхватљиво је са становишта правичности поступка да је припремно рочиште могуће одржати и без браниоца кад стручна одбрана по закону није обавезна, јер од обима оспоравања, образложења доказа, чињеничних и правних питања на овом рочишту, зависи обим предмета расправе на главном претресу, у крајњем и судбина одбране. Чињенична и правна комплексност предмета о којем се одбрана мора изјаснити, *налажу обавезну стручну одбрану на припремном рочишту*. У том смислу би *de lege ferenda* била нужна доградња одредаба о припремном рочишту.

Припремно рочиште треба укинути и одредбе о предмету и циљу изјашњавања странака *дислоцирати у форму одлучивања о судској контроли оптужбе*, зато што се могућност предлагања доказа који би се изводили на главном претресу везује за моменат потврђивања оптужнице, и што одржавање припремног рочишта, само по себи, одуговлачи поступак. Уместо једне седнице већа на којој би се вршила контрола оптужбе и једног припремног рочишта, рационалније је установити рочиште за контролу оптужбе, које по својој природи више одговара адверзијалном поступку, на коме би се уједно странке изјасниле о чињеним и правним питањима које кандидују за расправу на главном претресу, и предложиле доказе које би требало извести на главном претресу за доказивање чињеница везаним за оспорени део оптужнице.

36. Са становишта процесног положаја јавног тужиоца, претпоставке за одржавање главног претреса уређене су на уобичајен начин, са једном новином дискутабилном у погледу њене уставности. Омогућено је да за лапа кривична дела која се гоне по службеној дужности оптужбу заступају и јавнотужилачки сарадници, највероватније као паралелно решење са уређењем учешћа адвокатских приправника (чл. 73. ст. 1). Законска одредба је противуставна пошто Устав предвиђа да јавнотужилачку функцију врше јавни тужиоци и заменици јавног тужиоца, а као носиоца функције јавног тужилаштва не познаје категорију јавнотужилачких сарадника. Увођењем тужилачких сарадника у кривични поступак створена је једна нерегуларна правна ситуација, јер по прописима о организацији и уређењу јавног тужилаштва, у недостатку одговарајућих правних правила, није могуће успоставити неопходну субординацију над њима. *Неуставност и неусклађеност одредби о учешћу јавнотужилачких сарадника у кривичном поступку* су разлози због којих треба укинути одредбе чл. 48. ст. 1, а недовољност броја заменика јавних тужилаца треба решавати кадровским јачањем јавних тужилаштва а не кривичнопроцесним нормама.

37. Доказни поступак је уређен као *потпуно адверзијалан*, концепцијски утемљен на укидању начела истине и стављањем доказне иницијативе доминантно у руке кривичнопроцесних странака. У новом моделу, једино су странке овлашћене да предлажу и изводе доказе, а изостављене су све одредбе намењене остваривању тзв. инквизиционе максиме, чиме се у потпуности пасивизира суд, са неким изузецима који битно не утичу на постављени принцип. Модел је заокружен одредбама о предмету доказивања да се не доказују чињенице које су међу странкама неспорне, о редукцији даљег доказивања после признања окривљеног и одредбама о основном и унакрсном испитивању. Радикалном реформом у адверзијални модел доказног поступка, јавни тужилац из позиције прилично пасивног субјекта реформише се у класичну кривичнопроцесну странку од које се захтева потпуна и континуирана активност у доказном поступку. Уз процесна правила о редоследу извођења доказа и установљавање овлашћења да сведоке и вештаке испитују странке, *на јавног тужиоца се преноси одговорност за обим и квалитет претресања доказа, па конесквентно и за правилност и потпуност утврђеног чињеничног стања.*

Адверзијални модел доказног поступка, чију суштину чини билатерални метод извођења доказа, установљен за поротно суђење, по својој основној идеји и намени, *не одговара нашем судском систему*, у коме кривичне ствари пресуђују мешовита судска већа, *нити нашој правној традицији* коју карактерише мешовити, а не оптужни тип кривичног поступка. Страначки, билатерални метод доказивања ослобађа кривични суд одговорности за утврђено чињенично стање и тиме *противречи основном задатку кривичног поступка* да нико невин не буде осуђен, коме као јавном интересу и традиционалној друштвеној вредности, пристрасни страначки интереси не погодују. Искључење суда да расправи предмет оптужбе, доводи у питање уставност адверзијалног концепта доказног поступка.

38. Омогућавање да се записници о исказима сведока и вештака које је у истрази испитао, користе на главном претресу као посредан доказ, фаворизује јавног тужиоца у толикој мери да постаје изразито надмоћан у односу на оптуженог, који то овлашћење у истрази нема. *Коришћење доказа из истраге* изразито је инквизиционе природе, које у потпуности *потире идеју о адверзијалном кривичном поступку*. Сагласно дефиницији суђења и стандардима права на правично суђење, сви докази којима се утврђује чињенично стање морају бити изведени пред судећим судом, контрадикторно и непосредно. Зато је недопустиво да несудски докази из субјективних извора могу бити

чињенична основа пресуде, како то предвиђа наше позитивно право, а не познају упоредна законодавства. Противно је логици, адверзијалној концепцији и крајње је неправично да једна странка (јавни тужилац) изведе доказе у истрази, а потом да се на главном претресу трансформише у „равноправну“ странку и користи доказе које је сама, али као орган поступка извела у претпретресним фазама поступка. На главном претресу треба омогућити коришћење записника о испитивању сведока и вештака из истраге само *ако је ове доказе извео суд*, што претпоставља увођење доказног рочишта на коме би уз присуство странака и браниоца, доказе изводио суд (судија за претходни поступак), али и тада рестриктивно. Све су то лимити у оквиру којих треба извршити ревизију одредби чл. 40б. процесног законика, усаглашену са одредбама о доказном рочишту у истрази чије увођење смо предложили.

39. На испитивање сведока, односно вештака чије је уређење типично за оптужни модел, преносе се концепцијаске критике дате за адверзијални модел у целини. На ту општу критику надовезују се погрешни нормативни захвати нашег законодавца – *задржавање судског овлашћења да се може умешати у доказну активност странака*, као чист инквизиторски елемент и концепцијски стран адверзијалном извођењу доказа; и *класично вођење записника* непримерено за унакрсно испитивање.

Овлашћење дато председнику судећег већа да својим питањима прекида основно, па чак и унакрсно испитивање сведока, у потпуности је противречно самој суштини адверзијалног модела доказног поступка. С друге стране, дато овлашћење не доприноси значајно истраживању и утврђивању истине, јер је по логици ствари могуће само приликом извођења доказа које су странке предложиле, па је домет судске интервенције у доказивање сасвим ограничен. Зато, као неприродно правило у адверзијалном доказном поступку и недовољно за истраживање истине у таквом моделу, треба га укинути ако се задржи чист адверзијални главни претрес. Уколико законодавац ипак одоли атрактивности адверзијалног двобоја и врати се нашој правној традицији, па поново устоличи начело утврђивања истине и судске одговорности за наступање доказа и утврђено чињенично стање, сасвим су примерена овлашћења председника већа да у сваком тренутку интервенише у доказну активност странака.

Процесна правила о вођењу записника на главном претресу анулирају читаву концепцију унакрсног испитивања. Та правила, иначе су преузета из старог законика, а одговарала су судском претресању кривичног предмета и судском извођењу доказа на

главном претресу. Уместо да се цело испитивање сведока и вештака аудио визуелно снима, и даље председник већа у записник диктира одступања од раније датог исказа, за шта је потребно да претходно добро проучи све изведене доказе. Тиме се обесмишљава циљ и у значајној мери је лимитиран ефекат унакрсног испитивања сведока.

40. У погледу измене и проширења оптужбе, положај јавног тужиоца у извесној мери је отежан и без измена законских одредби којима је то било регулисано а које су преузете новим процесним закоником. До таквог закључка се долази у контексту промене општег положаја јавног тужиоца у поступку доказивања. По ранијем законнику активност јавног тужиоца била је сконцентрисана на оцену а мање на извођење доказа, које је вршио суд. Сада јавни тужилац има основну дужност да изводи доказе и да учествује у извођењу доказа одбране, нарочито путем унакрсног испитивања сведока. Тек након тога он треба благовремено да процењује измене у чињеничном стању на које указују изведени докази. Оваква суштински измењена законска регулатива поступка доказивања, од јавног тужиоца објективно захтева веће напоре, па је утолико захтевније вршење функције оптужбе.

41. Сви напред изнети закључци и заузети ставови на основу истраживања положаја јавног тужиоца потврђују хипотезу да је одговорност за успех кривичне тужбе преваљена искључиво на јавног тужиоца зато што је укинута „истражна максима“ а суд у потпуности пасивизаран. Зато је терет доказивања, тј. прикупљање и извођење доказа, првенствено задатак јавног тужиоца. Судска одговорност за правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања, карактеристична за мешовити тип кривичног поступка, са имплементацијом адверзијалних установа у доказни поступак и главни претрес у целини, преноси се на јавног тужиоца као носиоца функције оптужбе за кривична дела која се гоне по службеној дужности

VI.

42. Из анализе законске регулативе положаја јавног тужиоца као титулара права на жалбу, може се закључити да га законодавац третира не само као кривичнопроцесну странку већ и као државни орган, да има најпотпуније право на жалбу, те да је апсолутни господар права на жалбу. Јавни тужилац је једини титулар који може изјавити жалбу у корист и на штету окривљеног. У основи овог овлађења је да јавни тужилац има и положај државног органа, који се поред вршења функције оптужбе стара

и о законитости кривичне репресије. Такав законодавни третман противречи његовом положају у адверзијалном поступку пред првостепени судом, нарочито на главном претресу, у коме је он кривичнопроцесна странка. Преко права на жалбу јавни тужилац се изнова трансформише у државни орган, овога пута да се стара о законитости. Право је јавног тужиоца да изјави жалбу против свих врста пресуда, због чињеничних и правних недостатака пресуде, по свим законским основима, и може да изјави жалбу у корист и на штету окривљеног. Следи да он има најпотпуније право жалбе, коју користи у општем, јавном интересу. Жалба је у апсолутној власти јавног тужиоца и њоме диспонира независно од воље оштећеног и воље окривљеног - оштећени нема процесних средстава којим би га могао присилити да изјави жалбу против ослобађајуће пресуде, нити окривљени да изјави жалбу у његову корист против осуђујуће, а може је изјавити и против воље окривљеног кад је пресуђено за најтежа кривична дела.

43. Концепција основа жалбе остала је непромењена, само је преуређена природа појединих повреда закона, преквалификацијом неких повреда из материјалноправних у битне повреде одредаба кривичног поступка, а других из апсолутних у релативне повреде одредаба кривичног поступка. Погрешно и непотпуно чињенично стање као основ жалбе концепцијски је неспојиво са страначком одговорношћу за наступање и извођење доказа и отвара питање смисла идеје да странке жалбом побијају првостепену пресуду због недостатака које су саме скривиле. Решење је да се ревитализује начело истине и врати у српски кривични поступак. Оправдана је теоријска критика да су застарелост и друге трајне сметње за кривично гоњење, изузев *res iudicata*, установе регулисане материјалним кривичним правом, те им се правна природа не може променити процесним нормама о основима жалбе.

Трансформација незаконитих доказа из апсолутних у релативне повреде пољуљала је темеље законитих судских одлука и омогућила опстанак потенцијално незаконитих пресуда. Не треба губити из вида да апсолутно дејство незаконитих доказа, осим што би увек спречило ступање на снагу незаконите и неправилне пресуде, има и превентивну функцију, јер дисциплинује органе поступка, нарочито у претпретресним фазама, тако да губе интерес да непрописно поступају. Претварањем ове повреде закона у релативну, лабаве законски лимити и ствара се поље за комотније прибављање доказа и спровођење доказних радњи, што може бити усмерено ка сазнавању других извора доказа, помоћу којих ће се уз доследно поштовање закона приликом њиховог извођења осигурати успех оптужбе. Речено се пре свега рефлектује

на положај јавног тужиоца као органа поступка у претходном стадијуму. Из наведених разлога, судови треба, приликом оцене утицаја незаконитих доказа, да успоставе равнотежу између „ефикасности“ поступка, чему води закључак да незаконит доказ није имао дејство на правилност и законитост пресуде, и заштите основних људских права, ако је незаконит доказ прибављен њиховим ограничавањем изван допуштеног.

44. У самом току поступка по жалби, јавни тужилац има положај и кривичнопроцесне странке и државног органа чија је улога да се стара о законитости Установа достављања списка јавном тужиоцу ради давања мишљења и обавезно обавештавање само јавног тужиоца о седници већа, учвршћују га као чувара законитости, што је у дисхармонији са страначки уређеним главним претресом и страначком концепцијом читавог поступка по жалби. Зато што се њима руши архитектура адверзијалног модела кривичног поступка, ове установе треба укинути, ако се жели изградити кохерентан концепцијски модел. Друго решење би било да се задрже ове установе, ако се законодавац определи за кривични поступак са израженим јавноправним карактером, поштујући српску кривичнопроцесну традицију, што је прихватљивије решење са становишта прокламованог циља кривичног поступка, и одговара схватању стручног и јавног мњења да се управо по томе разликује кривични поступак од парнице.

45. Важећим процесним закоником скоро у потпуности је укинута испитивање недостатака првостепене пресуде по службеној дужности, изузев у домену одлуке о кривичној санкцији. Судови су дошли у ситуацију да изнуђено потврђују осуђујуће пресуде и кад по самом закону примена кривичног права није могућа, само зато што се на повреду закона нико у жалби није позвао. У пракси су другостепени судови заузимали различите ставове кад постоји трајна сметња за кривично гоњење на коју се жалиоци нису позвали, па је и Уставни суд заузео становиште да трајну сметњу за кривично гоњење суд мора узети у обзир, зато што представља битну повреду одредаба кривичног поступка којом се крши уставна гаранција правне сигурности.

На теоријском плану, правдање да је пребацивање на странке терета одговорности за правилност и законитост првостепене пресуде у складу са новом позицијом суда, који више нема доказну иницијативу, теоријски је неприхватљиво. Законодавац је погрешно довео у везу доказну иницијативу на главном претресу у првостепеном поступку и контролу законитости пресуде у другостепеном поступку. И на претресу пред другостепеним судом странке имају доказну иницијативу, а контрола

правне и чињеничне исправности првостепене пресуде посао је искључиво суда. Теоријско гледиште да испитивање неисправности пресуде по службеној дужности није у супротности са адверзијалним моделом поступка, потврђују упоредноправна искуства оних земаља које су извршиле адверзијализацију свог кривичног поступка или увеле чист адверзијални модел, а прописују испитивање недостатака пресуде по службеној дужности у значајно ширим границама од нашег законодавца.

Правосудна пракса, теоријска критика и упоредноправна решења савремених држава показују да је неодрживо уређење граница испитивања у жалбеном поступку како то чини наш законодавац, препуштајући старање о законитости судских одлука искључиво страначком нахођењу. Разлози правне сигурности и права на правично суђење налажу да другостепени суд поводом жалбе обавезно испитује да ли постоје повреде кривичног закона на штету окривљеног, као и све друге повреде закона о којима суд *ex officio* води рачуна у сваком стадијуму кривичног поступка. Овај предлог за који се залажемо, претпоставља враћање трајних сметњи за кривично гоњење у повреде кривичног закона, где им је и место према њиховој правној природи. Имајући у виду јавноправни карактер кривичног поступка, овако спрегнуте измене и допуне процесног законика омогућиле би да првостепена пресуда може стати на правну снагу ако утврђује право државе на кажњавање, само у случајевим кад су испуњени услови прописани кривичним материјалним правом.

46. С циљем остваривања задатка кривичног поступка и повећања његове ефикасности, могућност изјављивања жалбе на пресуду другостепеног суда (чл. 463) треба проширити ревитализовањем одредби које су допуштале овај редовни правни лек још у два случаја – кад другостепени суд утврди другачије чињенично стање и на њему заснује своју одлуку и кад је у другом степену изречена капитална казна затвора. У првом случају, принципијело је исправно и концепцијски доследно да се свако први пут утврђено чињенично стање може подврћи преиспитивању, било да је утврђено првостепеном било другостепеном судском одлуком. У другом случају, предлог за допуну закона мотивисан је разлозима правде и хуманости, с циљем да се учврсти и осигура уверење о правилности и законитости пресуде за коју је изречена најстрожа казна. Ослањајући се на ове предлоге за допуну одредаба о жалби на пресуду другостепеног суда, смислено је и због неуједначена казнене политике између апелационих судова сврсисхоно одлучивање о овом редовном правном леку ставити у надлежност Врховног касационог суда.

47. Новим концептом захтева за понављање кривичног поступка у потпуности је разрушена главна одлика ванредних правних лекова да се сваки ванредни правни лек изјављује по једном основу за побијање правноснажне пресуде. Уместо теоријски чисте концепције да се побија само чињенично стање утврђено у правноснажној пресуди, правни лек се сада може изјавити и ради отклањања правних недостатака, као и ради ублажавања казне. Погрешно утврђен основ за доношење пресуде којом се оптужба одбија и пропусти у поступку, као што је неуредан позив, разлози су за побијање законитости, а не чињеничног стања у правноснажној пресуди, те се отклањају захтевом за заштиту законитости. Код ублажавања казне, једноставна процедура пред највишом судском инстанцом, замењена је компликованим поступком понављања пред првостепеним судом, и тиме је засигурно утрт пут за неуједначену судску праксу.

48. Неприхватљиво је посредно коришћење исказа саоптуженог који је осуђен на основу признања кривичног дела, без могућности да он буде испитан у поступку у коме би његов исказ требало да се користи, зато што анулира право на одбрану окривљеног у том поступку, и доводи под велики знак питања правичност поступка у целини. Још је погубнија судска пракса да се ова забрана из понављања поступка према лицу суђеном у одсуству, по аналогији примењује и на саоптужене у раздвојеним поступцима. Лице против кога се води кривични поступак за одређено кривично дело има својство окривљеног само у том поступку, а у сваком другом поступку, па и против саучесника, може имати само својство сведока кад у њему даје исказ. Све су то разлози да се *обавезно укине забрана* испитивања саучесника као сведока у поновљеном или раздвојеном поступку против других саучесника, предвиђена у члану 481. ст. 2. ЗКП.

49. Нова концепција захтева за заштиту законитости представља потпуни дисконтинуитет у односу на традиционално уређење овог ванредног правног лека у досадашњим прописима. Услови за изјављивање, поступак, одлуке и сврха овог правног лека била су подређени уклањању сваке незаконитости у правноснажној пресуди кривичног суда. Сада је очување принципа законитости у правноснажним кривичним пресудама занемарено и стављено у други план, а примарно је као сврха постављена „правилна и уједначена примена права“. Проширивањем круга субјеката овлашћених на његово изјављивање. Захтев за заштиту законитости устоличен је као страначки правни лек, уместо ванредног правног средства у компетенцији државног органа који се стара о законитости. Законодавац је очито настојао да по сваку цену изврши адверзализацију овог правног лека, али је досегнут само привид, јер су

различити основи захтева за заштиту законитости кад га подиже јавни тужилац од основа по којима захтев може изјавити окривљени и његов бранилац.

Јавноправни карактер кривичног поступка и заштита права окривљеног у кривичном поступку, те принцип законитости на коме се темељи уређење правне државе, налажу отклањање сваке незаконитости у правноснажним кривичним пресудама. Из тих разлога, захтев за заштиту законитости (чл. 482, 483. и 485) треба преуредити као правно средство којим највише јавно тужилаштво иницира успостављање законитости сваке судске одлуке којом је правноснажно пресуђена кривична ствар. Из одредаба о захтеву за заштиту законитости треба издвојити правни лек на чије изјављивање су овлашћени окривљени и бранилац, који је егзистирао под називом захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, као самостални ванредни правни лек који је и пред међународном судском инстанцом оцењен као делотворно поравно средство. Републички јавни тужилац би тиме постао чувар законитости изјављивањем правног средства које има потребан степен ефективности, а окривљеном би се омогућила делотворна заштита људских права.

VII.

50. Резултати анализе упоредноправних решења показују да је дискрециона власт кривичног гоњења јавног тужиоца ограничена постављањем законских услова за примену опортунитета, да је у извесној мери објективизирана и да су успостављени различити механизми спољне контроле примене опортунитета кривичног гоњења. Упоредноправна регулатива начела опортунитета кривичног гоњења може послужити нашем законодавцу за унапређење националне регулативе.

51. У поступку условног одлагања кривичног гоњења, који није кривични поступак али је извесно кривичног карактера, обавезе које се налажу осумњиченом због извршеног кривичног дела су по својој природи парапепалне мере које се у овој диверзионој форми поступка примењују као државна реакција на кривично дело. Због квази-судске улоге коју јавни тужилац врши кад примењује опортунитет, требало би да ужива одређену независност у стварању политике кривичног гоњења, али је по Уставу наши јавни тужиоци још увек немају. Тиме је потврђена полазна посебна хипотеза научног истраживања да због начина уређења диверзионе форме решавања кривичних ствари која је искључиво у његовој компетенцији, јавни тужилац поприма атрибуте судског органа.

52. Из резултата истраживања уставног положаја јавног тужиоца и његових процесних овлашћења да скрене кривични поступак у диверзину форму решавања кривичних ствари, може се закључити да јавни тужилац има власт да одлучује о примени кривичне репресије у диверзионој форми поступка, али те његове одлуке, формално гледано, не могу постати *res iudicata*. Норме о опортунитету кривичног гоњења омогућавају јавном тужиоцу да има квази-судску улогу поводом извршених кривичних дела, а уставне и законске норме о забрани *ne bis in idem* такав његов положај анулирају. Међутим, пошто је такво нормативно стање правно неодрживо, треба очекивати да ће у пракси одлуке јавног тужиоца о примени опортунитета ипак бити тумачене да производе дејство као да су стекле правну снагу, па ће се и у правосудној пракси потврдити изнети закључак да јавно тужилаштво са увођењем и ширењем начела опортунитета у функционалном смислу преузима од суда примену квази-пеналних мера и тиме фактички стиче одлике својствене класично правосудном органу.

VIII.

53. За све упрошћене процесне форме, осим скраћеног поступка, потребна је иницијатива или сагласност јавног тужиоца да буду спроведене, у чему се читује његова улога и значај за адекватност избора форме. На јавном тужиоцу је оцена да прилагоди избор форме са којом ће постићи потребан ниво рационализације кривичног поступка адекватан сложености и тежини конкретног кривичног дела. Из тих релација, на нивоу иницијатора или субјекта који прихвата предлог супротне стране, извире одговорност јавног тужиоца за адекватност форме поступка и избор кривичноправних мера или опроштај кривичног гоњења (код диверзионих форми).

54. Са ширењем врста упрошћених форми и поља њихове примене, *одговорност* за ефикасност поступка и политику кривичног прогона, која инволвира и казнену политику, све више се *расподељује између суда и јавног тужиоца*, а код избора упрошћених форми значајно претеже на страну јавног тужиоца. Дода ли се томе адверзијализација опште форма судског кривичног поступка, која се прелива и на упрошћене процесне форме, онда је видљиво да се та одговорност везује и за исправност утврђеног чињеничног стања, потенцирањем правила да је терет пружања доказа на јавном тужиоцу код официјелних кривичних дела. Садржински и у својој

укупности, одговорност јавног тужиоца за поступак примене и изрицање адекватних мера кривичне репресије, сада је значајнија у тој мери да по одликама његове процесне улоге у кривичној репресији *приближава јавног тужиоца класичном правосудном органу*. Таква процесна улога примерена је јавном тужилаштву као чисто правосудном органу, а није одговарајућа за правосудно-управни орган, какву природу данас још увек има српско јавно тужилаштво.

55. Споразумно окончање кривичног поступка којим се одбацују основни принципи савременог кривичног поступка и потискују у други план гаранције људских права у поступку суђења за кривична дела, може се оправдати само прагматичном логиком процесне економије. Зато га треба свести на разумну меру и осигурати сразмерност између тежине кривичног дела и степена рационализације поступка. Допуштањем закључења страначких споразума и за најтежа кривична дела постају још израженије негативности страначких нагодби у кривичном поступку. Оне се очитују у чињеници да се избегавањем главног претреса који би морао бити јаван, смањује транспарентност судског поступка и отежава контрола судске делатности. Одсуство те контроле пак погодује површној ратификацији страначких нагодби, поготову кад су судије преоптерећене. У процесној стварности, закључење споразума о признању најтежих кривичног дела могу изазвати негодовање јавности, незадовољство радом јавних тужилаца и сумњу у њихову непристрасност, зато се не сме дозволити да се овај институт перципира као "привилегија" богатих или моћних криминалаца.

Из наведених теоријских разлога и негативних ефеката треба приступити законодавној реформи овог института англоамеричког система и споразум о признању кривичног дела свести у границе мање тешких кривичних дела, како би се са становишта јавног интереса могло правдати значајно упрошћавање процесне форме. Узимајући у обзир искуства наших правосудних органа и законодавна решења из упоредног права, горњи лимит допуштености треба везати за кривична дела *са прописаном казном затвора мањом од десет година*. Уважавајући разлоге за одређивање лимита примене сумарног кривичног поступка, има смисла поставити истоветне лимите у којима би било допуштено закључење споразума о признању кривичног дела.

56. Како се пресуђење на основу страначког споразума неумитно заснива на признању окривљеног, у циљу предупређења да невини буду осуђени, потребно је процесним правилима омогућити суду да располаже адекватном доказном грађом из

које произилази степен сумње потребан за подизање оптужнице. Са тим циљем је сада у противречности ниво квалитета доказа који се по важећем закону тражи за валидност признања окривљеног и недостатак потврђеног оптужног као услова за прихватање споразума. Зато, ради предупређења осуда невиних, за валидност признања *de lege ferenda* треба прописати „да постоје и други докази који поткрепљују признање окривљеног“ (чл. 317. ст. 1. тач. 3), а као услов за прихватање споразума од стране суда треба предвидети потврђену оптужницу.

57. Законска систематика и назив којима је одређена природа прибављања исказа сарадника из криминалног миљеа, не одговара суштини и примарној сврси ове посебне доказне радње. Изван ове концепцијске дисхармоније између теоријских гледишта и законског одређења правне природе овог процесног института, неупитна је потреба за постојањем овог процесног института. Ширење погодности за окривљеног који прихвати да сведочи као сарадник све до могућности одустанка јавног тужиоца од кривичног гоњења, оправдано је са становишта његове примарне сврхе која се састоји у омогућавању откривања и доказивања кривичних дела организованог криминала и злочина против човечности и међународног права, што је легитиман јавни интерес. У циљу отклањања процесних тешкоћа у случајевима кад се против окривљеног којег јавни тужилац хоће да придобије за сарадника не води јединствен поступак са окривљеним против кога сведочи, законом треба прибављање исказа сведока сарадника изричито *прописати као разлог за спајање* кривичног поступка, чиме се поступак прибављања исказа поједностављује а његова делотворност учвршћује.

58. Код рочишта за изрицање кривичне санкције, иницирање ове упрошћене процесне форме, која је по својој суштини мандатни поступак, у потпуној је власти јавног тужиоца. Померање законских граница у правцу повећеног обима њене примене, јача улога и утицај јавног тужиоца на избор мера кривичне репресије према учиниоцима кривичних дела. Сасвим је оправдано и логично да ширење обима примене прати ширење кривичних санкција које се у овом посебном кривичном поступку могу изрећи. Мандатни поступак је веома погодна упрошћена процесна форма да се ефикасно окончају кривични поступци за лакша кривична дела, кад јавни тужилац процени да располаже квалитетним доказним материјалом за чињенично утемељење оптужбе. Између осталог, и зато што окривљени може прећутно дати сагласност на врсту и меру кривичне санкције коју је у оптужном акту предложио јавни тужилац, па

се поступак може правноснажно окончати и без његовог појављивања у поступку, ако против осуђујуће пресуде не изјави приговор.

59. Упрошћене процесне форме које познаје српско кривично процесно законодавство, са својим различитим моделативитетима, у којима изостаје истрага или главни претрес или садрже елементе „преговарачке правде“, реално омогућавају брже, економичније и ефикасније окончање кривичног поступка. Са напред учињеним предлозима за њихову доградњу, могу се учинити још више рационалним и са већим степеном ефективности. Пошто највећи број поједностављених кривичних поступака може бити покренут и окончан само на иницијативу или уз учешће јавног тужиоца, тренд њиховог ширења јача положај и улогу јавног тужиоца у решавању кривичних ствари. Ширењем лепезе кривичнопроцесних инструмената државне реакције аналогно се повећавају реалне претпоставке за избор адекватне мере у сваком конкретном случају, уз одговарајући ниво рационализације поступка сразмерно тежини и другим одликама кривичног дела.

IX.

60. На општем плану, карактеристично је да ефекти законодавних реформи иду у два дивергентна правца. У кривичном материјалном праву, са сваком реформом прописују се строже казне за поједина кривична дела. Насупрот томе, у кривичнопроцесном законодавству шире се упрошћене процесне форме које нужно воде блажој казненој политици. Изгледа као да законодавац под притиском опште јавности, у којој је уврежено схватање да су строге казне и одмазда најбоља генерална превенција, нема храбрости за блажу законску политику, па то преко диверзионих и упрошћених процесних форми препушта правосудним органима.

61. Скретањем поступка у диверзине форме решавања кривичних ствари, јавни тужилац садржински коначно одлучује да се, уместо изрицања кривичноправних мера у судском кривичном поступку, према осумњиченом примене парапеналне мере, и да држава опрости кривично гоњење под законским условима. Јавни тужилац у диверзионим формама има не само монопол, већ и апсолутну власт кривичног гоњења за официјелна кривична дела. Могућност избора између класичне државне реакције изицањем кривичноправних мера у судском кривичном поступку, с једне стране, и праштања кривичног гоњења са друге стране, чини јавног тужиоца једино одговорним за политику кривичног прогона.

62. Усмеравањем кривичног поступка ка упрошћеним процесним формама, због њихове консесуалне природе и суштине законских услова, јавни тужилац на општем плану утиче на формирање блаже казнене политике судова. Са ширењем упрошћених процесних форми, што је тренд реформи српског законодавца, стварају се реалне претпоставке за већи утицај јавног тужиоца на казнену политику судова.

63. У својој укупности, утицај јавног тужиоца на казнену политику судова, као и на политику кривичног прогона, схваћену као део казнене политике у ширем смислу. путем диверзионих и упрошћених процесних форми јача улогу јавног тужиоца у остваривању функције кривичног правосуђа. Приликом решавања кривичних ствари у диверзионим формама јавни тужилац је једини државни орган који примењује парапеналне мере према учиниоцима кривичних дела, а у упрошћеним процесним формама одлучујући је фактор казнене политике судова, што његову улогу по суштинским одликама приближава улози чистог, класичног правосудног органа, коју јавно тужилаштво у постојећем правосудном систему нема. Оно је правосудно-управни орган који нема потребну организациону самосталност и функционалну независност, јер је подређен политичкој власти, извршној и законодавној, и поред кривичног гоњења има и друге надлежности. Из тих разлога, кривичнопроцесни положај и улога јавног тужиоца у изрицању кривичне репресије, у нескладу су са уставним положајем и уређењем јавног тужилаштва.

64. Претходно изнети закључци о улози јавног тужиоца у редовном и сумарном кривичном поступку, у диверзионим и упрошћеним процесним формама решавања кривичних ствари, као и законским могућностима његовог утицаја на одлуку о кривичној санкцији, *потврдили су посебну хипотезу научног истраживања* да јавни тужилац располаже са делотворним процесним инструментима, којим одлучујуће утиче на казнену политику судова.

65. Сви напред изнети закључци настали као резултат научног истраживања, у својој укупности и међусобно повезани, показују исправност постављене хипотезе да су уставни принципи уређења, и природа јавног тужилаштва као класичног државног органа везаног за извршну власт, у дисхармонији са новом улогом јавног тужиоца у реформисаном кривичном поступку, која за јавног тужиоца изискује извесну функционалну независност и атрибуте класичног правосудног органа.

XI. ЛИТЕРАТУРА

Уџбеници и монографије

1. Ashworth, A. (2000) „Developments in the Public Prosecutor’s Office in England and Wales“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 8.
2. Bayer, V. (1980) *Jugoslavensko krivično procesno pravo I*, Zagreb: Školska knjiga.
3. Бејатовић, С. (2010) *Кривично процесно право*, Београд: Службени гласник.
4. Бејатовић, С. (2014) *Кривично процесно право*, Београд: Службени гласник.
5. Beulke, W. (2005) *Strafprozessrecht*, Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
6. Вољев, В. Р. (1978) *Ugolovniy process v evropejskih socialističeskih gosudarstvah*, Moskva: Юриџескаја литература.
7. Бркић, С. (2004) *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне форме*, Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
8. Бркић, С. (2016) *Кривично процесно право - II*, Нови сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
9. Cornu, P. (2007) *Prosecutor Canton of Neuchatel, Komentari na nacrt Zakona o Državnom veću tužilaca i nacrt Zakona o javnom tužilaštvu*, Neuchatel.
10. Damaška, M. (2001) *Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.
11. Делибашић, В. (2015) *Споразуми јавног тужиоца и окривљеног*, Нови Сад: Универзитет Привредна академија.
12. Димитријевић, Д. (1981) *Кривично процесно право*, Београд.
13. Доленц, М. (1933) *Теорија судског кривичног поступка*, Београд: Издавачка књижница Геце Кона Београд.
14. Ђурђић, В. (2014) *Кривично процесно право - Општи део*, Ниш: Правни факултет у Нишу.
15. Ђурђић, В. – Суботић, Д. (2010) *Процесни положај јавног тужиоца и ефикасност кривичног гоњења*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
16. Ђурђић, В. (1998) *Кривично процесно право - Ток кривичног поступка*, Ниш: СКЦ - Ниш.
17. Ђурђић, В. (2006) *Кривично процесно право - Посебни део*, Ниш: Правни факултет у Нишу.
18. Ђурђић, В. (2014) *Кривично процесно право - Општи део*, Београд: Правни факултет.
19. Ђурђић, В. (2017) *Кривично процесно право - Посебни део*, Ниш: Правни факултет у Нишу.
20. Ђурђић, В. и др. (2009) *Опортунитет кривичног гоњења*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
21. Ђурђић, В., Илић, Г., Ранђеловић, Н. (2004) *Српско државно тужилаштво 1804-2004*, Ниш.
22. Foschini Gaetano: *Sistema del diritto processuale penale*, Vol. I, Milano, 1956;
23. Грубач, М. - Бељански, (2002) *Нове установе и нова решења у Законику о кривичном поступку СР Југославије*, Београд: Службени гласник.

24. Грубач, М. – Бељански, С. (2002) *Нове установе и нова решења у Законнику о кривичном поступку СР Југославије*, Београд: Службени гласник.
25. Грубач, М. (2004) *Кривично процесно право, Увод и Општи део*, Београд: Научна књига.
26. Грубач, М. (2004а) *Кривично процесно право, Посебни део*, Београд: Службени гласник.
27. Грубач, М. (2010а) *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Тиват.
28. Grubiša, M. (1963) *Ћинјенично стање и кривичном поступку*, Zagreb.
29. Hungerford-Welch, P. (2009) *Criminal Procedure and Sentencing*, Sevent Edition, London and New York.
30. Илић, Г. П., Мајић, М., Бељански, С. – Трешњев, А. (2013) *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд: Службени гласник.
31. Илић, Г., Матић, М. Лазић, Р. (2015) *Јачање положаја, надлежности и интегритета Државног већа тужилаца*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
32. Јекић, З. (1983) *Кривично процесно право СФРЈ*, Београд: Привредна штапа, Београд.
33. Joutsen, M., Lahti, R., Pasi, P. (2001) *Criminal Justice Systems in Europe and North America – Finland*, Helsinki.
34. Киурски, Ј. (2015) *Начело опортунитета кривичног гоњења (докторска дисертација)*, Београд: Правни факултет у Београду.
35. Клајн, И. – Шипка, М. (2006) *Велики речник страних речи и израза*, Нови сад: Прометеј.
36. Кнежевић, С. (2012) *Основна начела кривичног процесног права*, Ниш: Студентски културни центар Ниш.
37. Кнежевић, С. (2015) *Кривично процесно право*, Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.
38. Кгарас, Д. (1995) *Engleski kazneni postupak*, Zagreb: Pravni fakultet u Zagrebu.
39. Кгарас, Д. (2010) *Kazneno procesno pravo, Prva knjiga: Institucije*, Zagreb.
40. Марковић, Б. (1930) *Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије*, Београд: Народна Штампарија.
41. Mathias, E. (1995) 'L'équilibre des pouvoirs entre la police et le ministère public', in *Procédures pénales d'Europe (Allemagne, Angleterre et pays de Galles, Belgique, France, Italie)*, Paris.
42. Novokmet, A. (2015) *Sudska kontrola optužbe*, Zagreb: Hrvatsko udruženje za kaznene znanosti i praksu.
43. Padfield, N. (2014) *Criminal Justice Sentencing*, 5th edn, Oxford: University Press.
44. Панта, М. (1977) *Кривична постапка на СФРЈ*, Скопје.
45. Pavišić, B. i suradnici. (2010) *Kazneno postupovno pravo*, Rijeka.
46. Pavlica, Lutovac, (1985) *Zakon o krivičnom postupku praktičnoj primeni*, Beograd: Prosveta.
47. Павлов, С. (1979) *Наказателен процес на Народната Република Българија*, Софија: Наука и изкуство.
48. Павлов, С. (1997) *Наказателен процес на Народната Република Българија, Особена част*, Софија.

49. Peci, I. (2013) 'The Netherlands', in *Toward a prosecutor for the European Union, Volume I, A Comparative Analysis*, ed. by Katalin Ligeti, Oxford and Portland, Oregon: Harth Publishing.
50. Perrodet, A. (2002) *European Criminal Procedures*, Cambridge: Cambridge University Press.
51. Radulović, D. (2009) *Krivično procesno pravo*, Podgorica.
52. Radulović, D. (2015) *Krivično procesno pravo -*, Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici.
53. Riess, (1980) *Prolegomena zu einer Gesamtreform de Strafverfahrensrecht*, Berlin: W. de Gruyter Berlin.
54. Roxin, C. – Schünemann, B. (2009) *Strafverfahrensrecht*, München: Verlag C. H. Beck.
55. Roxin, C. (1998) *Strafverfahrensrecht*, München: C. H. Becksche Verlagsbuchhandlung.
56. Simović, M. – Simović, V. (2018) *Krivično procesno pravo II*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta Istočno Sarajevo.
57. Simović, M. (2014) *Krivično procesno pravo II, Istočno Sarajevo*, Istočno Sarajevo: Pravni fakultet Univerziteta u Istočnom Sarajevu.
58. Шкулић, М. – Бугарски, Т. (2015) *Кривично процесно право*, Нови Сад: Правни факултет.
59. Шкулић, М. (2013) *Основне новине у кривичном процесном праву Србије*, Београд: Службани гласник.
60. Шкулић, М. (2014) *Кривично процено право*, Седмо измењено и допуњено издање, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
61. Sprack, J. (2012) *Criminal Procedure*, Fourteenth Edition edn (Oxford: University Press).
62. Стевановић, Ч. (1988) *Кривично процесно право СФРЈ*, Београд: Научна књига.
63. *Talijanski kazneni postupak*, ed. by Berislav Pavišić (2002), Rijeka: Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci.
64. Trechsel, S. (2005) *Human Rights u: Criminal Proceedings*, Oxford: Oxford University Press.
65. *Уголовно-процесуално право Росијској федерацији* (2004), Лупинская П. А. (ур.) Москва: Юристъ.
66. *Уголовно-процесуално право Росијској федерацији*, (2004) ур. Лупинская П. А. Москва: Юристъ.
67. Васиљевић, Т. – Грубач, М. (2002) *Коментар Законика о кривичном поступку*, седмо измењено и допуњено издање, Београд: Савремена администрација.
68. Васиљевић, Т. (1971) *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд: Завод за издавање уџбеника.
69. Volk, K. (2010) *Grundkurs StPO*, 7th edn (München: Verlag C. H. Beck,
70. Von Kries, (1889) „Vorverfahren und Hauptverfahren“, *Zeitschrift für die gezante Strafrechtswissenschaft*.
71. Живановић, Т. (1940) *Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка)*, Београд.

72. Живановић, Т. (1941) *Основни проблеми Кривичног и Грађанског процесног права (поступка)*, II. Одељак, Београд.

Чланци

1. Алимпих, М. – Радовић, Т. (2017) „Припремно рочиште (норма, пракса - оправдано или не?)“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
2. Бајовић, В. (2014) „Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка“, Реформа кривичног права, Београд.
3. Бајовић, В. (2015) „Поједностављење форме поступања у кривичним стварима и суђење у разумном року“, у: *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
4. Бајовић, В. (2016) „Одступања од непосредног извођења доказа у кривичном поступку Србије“, у: *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
5. Бејатовић, С. (2010а) „Тужилачки концепт истраге као једно од обележја савременог кривичног процесног законодавства земаља бивше СФРЈ“, у: *Право земаља у региону*, Београд: Институт за упоредно право.
6. Бејатовић, С. (2010б) „Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, *Архив за правна и друштвена истраживања*, вол. 1-2.
7. Бејатовић, С. (2012) „Споразуми јавног тужиоца и окривљеног и нови ЗКП РС“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 1-2.
8. Бејатовић, С. (2012а) „Опортинитет кривичног гођења и нови ЗКП РС“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
9. Бејатовић, С. (2013) „Концепт истраге и нови ЗКП РС“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
10. Бејатовић, С. (2013) „Поједностављене форме поступања као битно обележје реформи кривичног процесног законодавства земаља региона“, у: *Поједностављене форме поступања у кривични стварима*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
11. Бејатовић, С. (2014а) „Казнена политика и реформа кривичног процесног законодавства Србије „, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет* , Бања Лука: Министарство Правде Републике Српске.
12. Бејатовић, С. (2015) „Главни претрес и његов допринос обезбеђењу суђења у разумном року“, у: *Главни претрес и суђење у разумном року*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
13. Бејатовић, С. (2016) „Ефикасност кривичног поступка као међународни правни стандард (Поглавље 23 и кривичнопроцесно законодавство Србије - норма, пракса и мере унапређења)“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство :*

- (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације), Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
14. Бејатовић, С. (2016а) „Законодавна казнена политика и процес реформе кривичног процесног законодавства Србије : доследност или не?“, у: *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
 15. Бејатовић, С. (2016а) „Правни лекови у кривичном поступку као инструменти законитости решења кривичне ствари (појам, врсте, стање и искуства у примени)“, у: *Правни лекови у кривичном поступку*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
 16. Бејатовић, С. (2018) „Алтернативне кривичне санкције и поједностављење форме поступања као незаобилазни инструменти државне реакције на криминалитет (стање у Србији)“, *Правна ријеч*, вол. 56.
 17. Бојовић, О. (2017) „Унакрсно испитивање - Досадашња искуства“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) : кривичноправни аспекти*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
 18. Бркић, Б. (2004) „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Хрватска правна ревија*, вол. 4.
 19. Бркић, С. (2010) „Критички осврт на прву главу радне верзије Нацрта ЗКП Србије од 14. 9. 2010. године“, *Ревиија за криминологију и кривично право*, вол. 2.
 20. Бркић, С. (2010) „Утицај тежине кривичног дела на физиономију кривичног поступка „, у: *Реформа кривичног правосуђа*, Ниш: Правни факултет у Нишу.
 21. Бркић, С. (2013) „Новине у регулисању скраћеног поступка у ЗКП Србије из 2011. године“, *Зборник Правног факултета у Ново Саду*, вол. 2.
 22. Бркић, С. (2014) „ Неусклађеност Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године са другим прописима“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 3.
 23. Бугарски, Т. (2013) „Посебни кривични поступци у новом ЗКП-у : скраћени кривични поступак и рочиште за изрицање кривичне санкције“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
 24. Бугарски, Т. (2016) „Захтев за заштиту законитости“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 1.
 25. Бугарски, Т. (2016а) „Жалба на решење“, у: *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије*, Београд: Удружење Јавних тужилаца Србије.
 26. Важић, Н. (2011) „Редовни правни лекови у новом законнику о кривичном поступку“, у: *Нова решења у кривичном проценом законодавству : теоретски и практични аспект*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
 27. Васиљевић, Т. (1941) „Значај брзине и узроци спорости кривичног судског поступка“, *Архив за правне и друштвене науке*, вол. 2.
 28. Gaboriau, S., Böttcher, H.E., *The Current Situation in Serbia's Judiciary is not in Accordance with the EU's Standards*, Hereticus, Vol. 01-02, 2012.
 29. Грубач, М. (2010) „Одредбе о организацији претходног кривичног поступка Нацрта ЗКП Србије из априла 2010. године упоређене са одрговарајућим одредбама италијанског ЗКП“, *Гласник Адвокатске коморе Војводине*, вол. 12.

30. Грубач, М. (2011) „Нове установе и нова решења ЗКП од 26. септембра 2011. г“, *Правни записи*, вол. 2.
31. Грубач, М. (2011) „Нове установе и нова решења ЗКП Србије из 2011. године“, *Правни записи*, вол. 2.
32. Дамашка, М. (2010) „Hrvatski dokazni postupak u poredbenopravnom svjetlu“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, vol. 2.
33. Делибашић, В. (2014) „Споразум о сведочењу окривљеног“, у: *Реформа кривичног права*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
34. Делибашић, В. (2015) „Унакрсно испитивање на главном претресу“, у: *Главни претрес и суђење у разумном року*, београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
35. Ђорђевић, Ђ. (2014) „Ублажавање казне као инструмент казнене политике судова“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука: Министарство Правде Републике Српске.
36. Ђурђевић, З. (2014) „Главна обиљежја тужитељске истраге према хрватском ЗКП од 2008. до 2013. године“, у: *Тужилачка истрага - регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
37. Ђурђић С. (2014) „Квалитет оптужнице као инструмент државне реакције на криминалитет“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
38. Ђурђић, В. – Давидов, С. (2016ц) „Кривични поступак Републике Србије - Између реформе и слома система вредности“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, вол. 72.
39. Ђурђић, В. (2003) „Систем правних лекова и Државна заједница Србија и Црна Гора“, *Југословенска ревија за криминологију и кривично право*, вол. 2/3.
40. Ђурђић, В. (2009) „Компаративна решења о претходном кривичном поступку и њихова имплементација у српско кривичнопроцесно законодавство“, *Ревиија за криминологију и кривично право*, вол. 1.
41. Ђурђић, В. (2009а) „Начела кривичног гоњења и њихов допринос ефикасности кривичног поступка“, у: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције*, Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
42. Ђурђић, В. (2010) „Дискреционо кривично гоњење“, *Зборник Правног факултета у Нишу*.
43. Ђурђић, В. (2010а) „Рedefинисање класичних процесних појмова у Преднацрту ЗКП из 2010. године“, *Ревиија за криминологију и кривично право*, вол. 2, Аваилабле: 11.
44. Ђурђић, В. (2014 б) „Кохерентност процесног законика као претпоставка ефикасног кривичног поступка“, у: *Право и друштвена стварност*, Косовска Митровица: Правни факултет.
45. Ђурђић, В. (2014а) „Контрола оптужбе - систем контроле оптужбе и одлуке“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

46. Ђурђић, В. (2014а) „Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)“, у: *Тужилачка истрага*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
47. Ђурђић, В. (2014б) „Нови ЗКП и контрола оптужбе“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, вол. 3.
48. Ђурђић, В. (2014ц) „Утицај јавног тужиоца на казнену политику у новом кривичном поступку Србије“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука: Министарство правде Републике Српске.
49. Ђурђић, В. (2014ц) „Утицај јавног тужиоца на казнену политику у новом кривичном поступку Србије“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука: Министарство правде Републике Српске.
50. Ђурђић, В. (2015) „Законске гаранције права на правично суђење у кривично поступку Србије“, *Зборник правног факултета у Нишу*, вол. 70.
51. Ђурђић, В. (2015) „Перспектива новог модела кривичног поступка Србије“, *Наука, безбедност, полиција (НБП)*, вол. 2.
52. Ђурђић, В. (2016 б) „Неопходност преуређења претпретресних фаза кривичног поступка Србије“, у: *Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије*, Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије.
53. Ђурђић, В. (2016) „Изрицање кривичних санкција на основу споразума странака“, *Кривичне и прекршајне санкције и мере: изрицање, извршење и условни отпуст*, Београд.
54. Ђурђић, В. (2016а) „Споразум о признању кривичног дела“, *Људска права - између идеала и изазова садашњости*, Косовска Митровица.
55. Ђурђић, В. (2017а) „Јавно тужилаштво и полиција пред изазовима јавнотужилачке истраге“, у: *Јавно тужилаштво и полиција*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
56. Ђурђић, д.В. (2013) „Утврђивање чињеница у кривичном поступку“, *Правна ријеч*, вол. 37, пп. 475-488.
57. Eser, A. (1992) „Funkcionalne promjene procesnih maksima krivičnog prava na putu ka "reprivatiziranju" krivičnog postupka“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*.
58. Ivičević Karas, (2011) „Sudska kontrola optužnice“, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 2.
59. Ivičević Karas, E. (2015) „Neka pitanja uređenja rasprave u hrvatskom kaznenom postupku - normativni okvir i praksa“, у: *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
60. Игњатовић, Ђ. (2012) „Да ли је казнена политика судова у Србији одговарајућа?“, у: *Казнена политика (раскол између закона и његове примјене)*, Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске.
61. Илић Г. (2017) „Предистражни поступак кроз однос јавног тужиоца и полиције у пракси судова“, у: *Јавно тужилаштво и полиција - изазови тужилачке истраге*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
62. Илић Г. (2012) „Положај јавног тужиоца према новом ЗКП-у“ Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

63. Илић Г. (2014) „Преглед измена и допуна Закона о јавном тужилаштву и нови ЗКП“, у: *Реформа кривичног права : зборник радова [са конференције]*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
64. Илић Г. (2015) „Главни претрес и жалбени поступак у ЗКП Србије“, у: *Главни претрес и суђење у разумном року*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
65. Илић Г. (2016) „Јавни тужилац у Србији као једини субјект права на подношење захтева за заштиту законитости“, у: *Правни лекови у кривичном поступку*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
66. Илић, Г. (2016) „Државно веће тужилаца и положај његових чланова из угла међународних докумената и упоредног законодавства“, у: *Државно веће тужилаца у светлу најављених измена Устава*, Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца.
67. Илић И. (2010) „Условно одлагање кривичног гоњења“, у: *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије* : тематски зборник радова. Књ. 5 / – Ниш : Центар за публикације Правног факултета.
68. Илић И. (2011) „Дејство начела *не бис ин идем* у европском правном простору“, у: *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*: тематски зборник радова. Књ. 1 - Ниш : Центар за публикације Правног факултета.
69. Илић И. (2012), „Однос између полиције и јавног тужилаштва према новом Законику о кривичном поступку“, *Култура полиса*. бр. 2.
70. Илић И. (2012а) „Путеви и странпутице права на правично суђење“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. бр. 59.
71. Илић И. (2012б) „Примена диверзионих модела у кривичном поступку“, у: Научни скуп са међународним учешћем "Правне Норме у времену и простору". - Косовска Митровица : Правни факултет.
72. Илић И. (2012ц) „Споразум о признању кривице у теорији, легислативи и пракси“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. - Ниш : Правни факултет, бр. 63.
73. Илић И. (2015) „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник Правног факултета у Нишу*, бр. 69. И. Илић (2016) 'Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка', ин *Европске интеграције и казнено законодавство : (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)* , Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
74. Илић К. (2011) „Јавни тужилац као субјект ефикасности тужилачког модела истраге“, у: *Нова решења у кривичном проценом законодавству : теоретски и практични аспект*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
75. Илић К. (2014) „Оптужење као инструмент државне реакције на криминалитет“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
76. Илић, И. – Веселиновић, Ј. (2016) „Тумачење дејства начела *Не бис ин идем* у пракси Европског суда за људска права“, *Годишњак Факултета безбедности*.
77. Илић, И. (2014 б) „Изградња кривичног поступка Србије у XIX веку“, *Пешчаник*, бр. 12;

78. Илић, И. (2014), „Примена начела опортунитета кривичног гоњења у државама бивше Југославије“, у: *Научни скуп са међународним учешћем „Право и друштвена стварност“*, Св. 1, (Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици);
79. Илић, И. (2014а) „Систем правних лекова у кривичном поступку Србије XX века“, у: *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору : тематски зборник радова Правног факултета у Нишу. Књ. 4* (Ниш: Правни факултет у Нишу).
80. Илић, И. (2016) „Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
81. Jackson, J.D. (1988) "Two Methods of Proof in Criminal Procedure", *The Modern Law Review*, vol. 5.
82. Јовић, В. (2014) „Делатности органа предистражног поступка и њихов утицај на казнену политику“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука: Министарство правде Републике Српске.
83. Kyprianou, D. (2008) „Comparative Analysis of Prosecution Systems (Part II): The Role of Prosecution Services in Investigation and Prosecution Principles and Policies“, *Cyprus and European Law Review*, vol. 6.
84. Kalajdžijev, G. (2011) „Poznačajni konceptski razliki vo reformata na istragata vo Hrvatska i vo Makedonija“, *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, vol. 2.
85. Кесић, - Чворовић, Д. (2014) „Законодавна казнена политика и концепт истраге“ у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука: Министарство Правде Републике Српске.
86. Киурски, Ј. (2014) „Жалба јавног тужиоца и казнена политика“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука: Министарство правде Републике Српске.
87. Кнежевић Саша (2011) „Консесуалне форме одлучивања у преткривичном и кривичном поступку“, *Правни живот*, вол. 9.
88. Кнежевић, С. – Ђукић, М. (2017) „Споразум о сведочењу окривљеног у кривичнопроцесном законодавству Србије“, у: *Зборник радова "Национално и међународно право - актуелна питања и теме"*, Косовска Митровица: Правни факултет у Косовској Митровици.
89. Кнежевић, С. (1998) „Идентитет пресуде и оптужбе“, *Зборник правног факултета у Нишу*, вол. 38/39.
90. Кнежевић, С. (2008) „Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената“, у: *Приступ правосуђу - инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*, Ниш: Правни факултет.
91. Кнежевић, С. (2014) „Међународноправни стандарди двоструке угрожености“, у: *Право и друштвена стварност*, Косовска Митровица: Правни факултет.
92. Кнежевић, С. (2014) „Суђење у одсуству окривљеног“, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*, вол. 66.
93. Кнежевић, С. (2014а) „Начело непосредности“, у: *Усклађивање права Србије са правом ЕУ [Књ. 1]*, Ниш: Правни факултет у Нишу.
94. Кнежевић, С. (2016) „Међународни стандарди независности судства и доступност правде“, у: *Међународни стандарди о независности судства и*

- самосталности тужилаштва*, Београд: Удружење за међународно кривично право.
95. Крапас, Д. (1983) „Pripremni stadijum krivičnog postupka u komparativnom pravu“, *Jugoslovenska revija za kriminologiju i krivično pravo*, vol. 1-2.
 96. Крстајић, В. (2011) „Ванредни правни лекови у кривичном поступку“, у: *Нова решења у кривичном процесном законодавству - теоретски и практични аспект*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
 97. Крстић, З. (2015) „Припремно рочиште и главни претрес“, у: *Главни претрес и суђење у разумном року*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
 98. Лаžетић-Буžаровска, Г. (2014) „Опту̀жење према ЗКР Македоније - законска решења и практична искуства у њиховој примени“, у: *Опту̀жење и други кривичноправни инструменти др̀жавне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
 99. Лаžетић-Буžаровска, Г. (2014) „Проблеми казнене политике у оквиру споразумевања о кривичној санкцији у Републици Македонији“, у: *Казнена политика као инструмент др̀жавне политике на криминалитет*, Банја Лука: Министарство правде Републике Српске.
 100. Лаžетић Бо̀зуровска, Г. (2015) „Главна расправа према ЗКР Македоније (теорија и пракса)“, у: *Главни претрес и суђење у разумном року*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
 101. Лазин, Ђ. (2006) „Судска истрага (дилеме и проблеми)“, *Ревииа за криминологију и кривично право*, вол. 2;
 102. Лазић, Р. (2017) „Потражне и доказне радње полиције у предистражном поступку“, у: *Јавно тужилаштво и полиција*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
 103. Лазић, Р. (2017а) 'Потражне и доказне радње полиције у предистражном поступку', ин *Јавно тужилаштво и полиција*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
 104. Мајић, М. (2011) „Главни претрес у новом закону о кривичном поступку“, у: *Нова решења у кривичнопроцесном законодавству - теоретски и практични аспект*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
 105. Митић, Б. (2014) „Подизање оптужнице (материјални услов и рок подизања)“, у: *Опту̀жење и други кривичноправни инструменти др̀жавне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
 106. Павишић, Б. (2008) „Нови хрватски Закон о казненом поступку“, *Хрватски летопис за казнено право и праксу*.
 107. Радисављевић, М. – Ћетковић, П. (2013) „Искуства Тужилаштва за организовани криминал у примени института споразума о признању кривичног дела“, у: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Београд: Мисија ОЕБС у Србији.
 108. Радуловић, Д. (2009) *Коментар Законика о кривичном поступку Црне Горе*, Подгорица.
 109. Радуловић, Д. (2011) „Однос јавног тужилаштва и полиције“, *Ревииа за криминологију и кривично право*, вол. 2-3.
 110. Радуловић, Д. (2013) „Поједностављене форме поступања у новом кривичнопроцесном законодавству Црне Горе“, у: *Поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.

111. Радуловић, Д. (2014) „Сврха истраге као фактор њеног обима (осврт на ЗКП Црне Горе)“, у: *Тужилачка истрага - регионална и кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Београд: Мисија ОЕБС у Србији.
112. Радуловић, Д. (2014а) „Контрола оптужнице у кривичнопроцесном законодавству Црне Горе“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
113. Радуловић, Д. (2014б) „Идентитет пресуде и оптужбе“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука: Министарство Правде Републике Српске.
114. Радуловић, Д. (2015) „Законик о кривичном поступку Црне Горе и главни претрес“, у: *Главни претрес и суђење у разумном року*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
115. Радуловић, Д. (2017) „Опортунитет кривичног гоњења – између нормативног и стварног“, у: *Кривично законодавство између праксе и прописа и усклађивање са европским стандардима*, Милићи: Министарство правде Републике Српске.
116. *Речник српског језика* (2011), Нови Сад: Матица српска.
117. Савицкий, В. М. (1975) *Очерк теории прокурорского надзора*, Москва : Наука.
118. Сијерчић Чолић, Х. (2015) „Главни претрес према законима о кривичном поступку у Босни и Херцеговини - неки теоретски и практични аспекти“, у: *Главни претрес и суђење у разумном року*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
119. Симовић, М. – Симовић, В. (2014) „Тужилачко-полицијски концепт откривања и доказивања кривичних дјела у Босни и Херцеговини“, *Правни живот*, вол. 9.
120. Стевановић, Ч. – Ђурђић, В. (2006) *Кривично процесно право – Посебни део*, Ниш.
121. Стојановић, З. (2009) „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима и алтернативне кривичне санкције“, у: *Алтернативне кривичне санкције и поједностављене форме поступања*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
122. Стојановић, З. (2012) „Казнена политика: раскол између закона и његове примене“, у: *Казнена политика (раскол између закона и његове примјена)*, Источно Сарајево: Министарство правде Републике Српске.
123. Строгович, М. С. *Курс советског уголовног процеса, том III*, Москва: Наука, 1970.
124. Сфраппини, П. (2002) „Књига девета - Правни лијекови“, у: Павишић, Б. (ур.) *Талијански казнени поступак*, Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци.
125. Сцхмоллер, К. (2004) „Актуално стање казненопроцесних реформи“, *Хрватски летопис за казнено право и праксу*, вол. 1.
126. Тадић, Д. (2016) „Доказни поступак на главном претресу и ефикасност главног претреса“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 - норма, пракса и мере хармонизације)*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
127. Тасси, А. (2002) „Посебна поступања“, у: Павишић, Б. (ед.) *Талијански казнени поступак*, Ријека.

128. Тинтор, Ј. (2014) „Бранилац као субјект потврђивања оптужнице“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
129. Тинтор, Ј. (2016) „Бранилац као субјект правног лека“, у: *Правни лекови у кривичном поступку*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Београду.
130. Томичић, З. - Новокмет, А. (2012) „Нагодбе странака у казненом поступку – достигнућа и перспективе“, *Правни вјесник*, вол. 3-4.
131. Фишер, З. (2015) „Тужилац као субјект главног претреса - словеначко законодавство и искуства“, у: *Главни претрес и суђење у разумном року*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
132. Хациомеровић, О. (2016) „Границе испитивања ожалбене пресуде у кривичном поступку у Србији“, у: *Правни лекови у кривичном поступку*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
133. Цветковић, Б. (2013) „Ванредни правни лекови“, у: *Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична примена*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
134. Цопетта, М.Г. (2002) „Књига пета - Претходна истраживања и претходно рочиште“, у: Павишић, Б. (ед.) *Талијански казни поступак*, Ријека: Правни факултет Свеучилишта у Ријеци.
135. Шкулић, М. – Илић, Г. (2012) *Реформа у стилу "један корак напред - два корака назад"*, Београд: Удружење јавних тужилаца Србије.
136. Шкулић, М. – Илић, Г. (2012а) *Како је пропала реформа - Шта да се ради?*, Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца.
137. Шкулић, М. (2010) „Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку Србије“, *Ревизија за криминологију и кривично право*, вол. 2.
138. Шкулић, М. (2012 б) „Главни претрес у новом Законнику о кривичном поступку Србије“, у: *Актуелна питања кривичног законодавства : (нормативни и практични аспект)*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
139. Шкулић, М. (2014а) „Оптужење и мере за обезбеђење присуства окривљеног и несметано вођење кривичног поступка“, у: *Оптужење и други кривичноправни инструменти државне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
140. Шкулић, М. (2014б) „Алтернативне кривичне санкције“, у: *Казнена политика као инструмент државне политике на криминалитет*, Бања Лука: Министарство правде Републике Српске.
141. Шкулић, М. (2015) „Докази и доказни поступак на главном претресу“, у: *Главни претрес и суђење у разумном року*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
142. Шкулић, М. (2016 б) „Жалба као редовни правни лек (појам, врсте и основне карактеристике)“, у: *Правни лекови*, Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији.
143. Шкулић, М. (2016) „Степен (не)усаглашености кривичног поступка Србије са Европским правним стандардима“, у: *Европске интеграције и казнено законодавство (Поглавље 23 - норма. пракса и мере хармонизације)*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.
144. Шкулић, М. (2016а) „Неки примери погрешне судске праксе и основни проблеми у концепцији Законика о кривичном поступку Србије“, у: *Европске*

интеграције: правда, слобода и безбедност. Том 1, Београд: Криминалистичко-полицијска академија.

145. Шкулић, М. (2017) „Нови српски Законик о кривичном поступку као пример штетног раскида са основним принципима континентално-европског кривичнопроцесног модела“, *КоПра*, вол. 1.
146. Шкулић, М. (2017) „Реформа кривичног процесног законодавства Србије и Поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе)?“, у: *Реформски процеси и поглавље 23 (годину дана после) - кривичноправни аспекти*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу.

XII. ПРАВНИ ИЗБОРИ

Code of Criminal Procedure of the Republic of Austria (1975, amended 2016) (German version)

<https://www.jusline.at/gesetz/stpo> ;

Criminal Procedure Code of the Kingdom of Netherlands (as of 2012) (English version)

<https://www.legislationline.org/documents/section/criminalcodes/country/12/Netherlands/shw> ;

Criminal Procedure Code of the Republic of Italy (Part I) (2011) (Italian version)

Criminal Procedure Code of the Republic of Italy (Part II) (Italian version)

<https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/44/Armenia/show> ;

The Swiss Code of Criminal Procedure (Schweizerische Strafprozessordnung), October 5, 2007, <https://www.admin.ch/opc/en/classified-compilation/20052319/index.html> ,

Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske (NN 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 na snazi od 30.12.2014.);

Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH“, brojevi: 48/04, 6/05, 14/07, 19/07, 21/07, 2/08, 17/09 i 9/13),

Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. novine FBiH", br. 35/2003, 56/2003 - ispr., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013 i 59/2014);

Zakonik o krivičnom postupku Republike Crne Gore ("Sl. list CG", br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 - odluka US, 2/2015 - odluka US, 35/2015, 58/2015 - dr. zakon i 28/2018 - odluka US);

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода 1950.године,

(http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SRP.pdf);

Закон о јавном тужилаштву ("Сл. гласник Републике Србије ", бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 78/2011 - др. закон, 101/2011, 38/2012 - одлука УС, 121/2012, 101/2013, 111/2014 - одлука УС, 117/2014, 106/2015 и 63/2016 - одлука УС)

Закон о кривичном поступку Савезне Републике Немачке- Strafprozeßordnung (StPO)

(<http://www.harmonius.org/wp-content/uploads/2014/10/IRZ-ZKPNjemackiPrijevod.pdf>)

Закон о полицији („Сл. гласник Републике Србије“ бр. 6/2016);

Законик о кривичном поступку РС (Сл. гласник Републике Србије бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014);

ФЕДЕРАЛНА ПРАВИЛА САД

<http://judiciary.house.gov/hearings/printers/112th/criminal2011.pdf>;

