

Strahinja DAVIDOV,
advokat u Novom Sadu

Pregledni članak
UDK: 343.132
Primljeno: 12. marta 2014. god.

MARGINALIJE O PRETHODNOM KRIVIČNOM POSTUPKU

U ovom radu razmatraju se neke od karakterističnih crta različitih oblika prethodnog krivičnog postupka. Pošto je oslikao glavna obeležja sudske istrage (koja je dugo vremena davala odlučujući pečat kontinentalnoevropskom krivičnom postupku) i paralelne stranačke istrage potekle iz anglo-američke procesne kulture, ali i probleme koji ih opterećuju, autor je centralni deo rada posvetio javnotužilačkom modelu istrage, kao konceptu koji se na evropskokontinentalnom pravnom području trenutno najčešće protežira. Primedbe ovakvom ustrojstvu istrage su suštinskog karaktera i proističu iz asimetrične strukture prethodnog postupka nastale davanjem istražnog monopola jednoj stranci (javnom tužiocu) i marginalizovanjem protivstranke (okrivljenog). Autor širi skepsu prema dualističkoj tužiočevoj prirodi od koga se u ovom konceptu zahteva da prevaziđe osnovnu funkciju zastupnika interesa krivičnog progona (i porive koje je prate) i transformiše se u neku vrstu parastranke koja tokom prethodnog istraživanja jednako brine i o interesima okrivljenog. Po njemu, ove probleme nemoguće je do kraja anulirati, iako se to pokušava izmeštanjem istrage iz sudskog postupka (u užem smislu) i davanjem novih ciljeva i svrhe. Dalja razmatranja razlikuju dve procesne situacije: jednu, kada se na tužilačku istragu nadovezuje tradicionalna glavna rasprava mešovitog tipa i drugu, kada njenu nadgradnju predstavlja

adverzijalno uređena glavna rasprava. Rad se zaključuje uverenjem da tužilačkom istragom prethodni postupak ne samo da nije dobio idealno obličje, nego čak ni trajnije, i da je ovaj model samo prolazna faza u turbulentnim promenama izazvanim dezintegracijom sudskog obrasca istrage.

Ključne reči: prethodni postupak, istraga, javni tužilac.

1. Uvodne napomene

Tokom „Kratkog dvadesetog veka“ promene u ljudskom društvu počele su se ubrzavati vrtoglavim tempom. Dinamična i kompleksna društvena kretanja neizostavno su uticala i na oblik i strukturu krivičnog postupka, osnovnog instrumenta države u ostvarivanju funkcije javnog kažnjavanja. U višeslojnoj panorami promena koje su poslednje decenije darovale tradicionalnom kontinentalnom postupku mešovitog tipa kao jedno od najvažnijih i najosetljivijih pitanja pojavilo se pitanje reforme prethodnog postupka. Opšte uverenje da bi drukčije skrojen prethodni postupak bolje služio ispunjenju ambicije o stvaranju funkcionalne krivične procedure dovelo je do napuštanja starog obrasca istrage i uspostavljanja javnotužilačkog modela prethodnog postupka. I domaći je zakonodavac, podstaknut savremenim kretanjima u razvoju krivičnog procesnog prava, svoju percepciju aktuelnih tendencija promulgirao novim pravilima o postupanju u krivičnim stvarima.

Namera redova koji slede ne ide dalje od nastojanja da se iz šire uporednopravne perspektive, kojom su bili inspirisani i naši zakonotvorci, tek nešto jasnije osenče neka od (spornih) mesta ove važne procesne etape.

2. Fenomenologija prethodnog postupka

Ono što je na normativnom planu tek nagoveštavano procesna stvarnost je afirmisala u potpunosti, pretvarajući sudsku istragu u najupadljiviju karakteristiku mešovitog krivičnog postupka. Tome su na prvom mestu doprinela nastojanja da se već u ovoj etapi procesa temeljno, metodički i objektivno prikupe dokazi o činjenicama važnim za odlučivanje o krivičnoj stvari.¹ Navedene su aspiracije neizostavno pojačavale inkvizitorsku komponentu prethodnog postupka, primarno ispoljavanu kroz ovlašćenje suda da nezavisno od predloga

¹ Mirjan Damaška, O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, br. 2/1997, str. 384.

stranaka prikuplja dokaze koje smatra potrebnim za rešavanje krivične stvari. U sistemu u kojem se dužnost suda da po sopstvenoj inicijativi sabira dokaze podrazumeva, elementi akuzatornosti pojavljuju se tek u rudimentarnom obliku, a očitavaju se u formalnoj razdeobi procesnih funkcija, kao i pravu stranaka da prisustvuju istražnim radnjama, predlažu dokaze i razmatraju spise predmeta. Pošto istragu sprovodi sud ona je integralni deo sudskog krivičnog postupka, što njenim rezultatima obezbeđuje respektabilan kredibilitet na glavnoj raspravi. Usled toga se često dešavalo da glavna rasprava, koja je formalno centralni deo krivičnog postupka u kojem bi do punog izražaja trebala dolaziti najvažnija procesna načela (kontradiktornosti, neposrednosti, usmenosti i javnosti), u praksi bude degradirana na prostu proveru rezultata istrage. Kada se obeležja sudske istrage ovako poslažu, postaje jasnije zašto se iz anglo-američke procesne perspektive čitav mešoviti krivični postupak ne pokazuje drugčije nego kao jednos-trana sudska istraga.

U anglo-saksonskom pravnom ambijentu se, s druge strane, koncepcija stranački oblikovanog krivičnog procesa dosledno proteže i na prethodni postupak. Poimanje postupka kao spora stranaka podrazumeva paralelnu potragu za dokazima, sledom čega kontradiktorno ustrojstvo istrage, osim državnim službenicima, i odbrani omogućuje da samostalno prikuplja dokaze. Međutim, s obzirom na značaj koji u anglo-američkom adverzijalnom modelu ima glavna rasprava, ove radnje istraživanja su po pravilu neformalnog karaktera i bez dokazne vrednosti ukoliko nisu verifikovane u glavnom postupku. Budući da *magna cartu* adverzijalnog postupka predstavlja pravilo da se presuda sme temeljiti samo na činjenicama i dokazima koji su izneti u centralnom stadijumu, glavna rasprava se nastoji učiniti što nepropusnijom za materijal iz prethodnog postupka. Tom zadatku, između ostalog, služe i pravila o osiromašenju spisa. Pored toga, u sistemu paralelnog stranačkog istraživanja nužna su i pravila o dužnosti odbrane i optužbe da blagovremeno razmenjuju prikupljene informacije, čime se nastoji osigurati kontinuirano odvijanje glavne rasprave. Na koncu, da bi se sprečilo da se okrivljeni pred sud izvode na bazi nedovoljno utemeljenih optužnica kao neizbežna procesna forma pojavljuje se i prethodno sudske ročište.

Oba, ovde krupnim potezima ocrтана modela, imaju svoje slabe strane.

Ako se stranački oblikovana istraga na normativnom planu možda i približava idealu jednakosti stranaka, finansijske implikacije njene strukture u praksi uslovljavaju pojavu faktičke neravnopravnosti. Jer u situaciji kad se naspram protivnika snabdevenog svim prerogativima državnog organa nađe okrivljeni bez sredstava za angažovanje branioca i skupih detektiva tas se na Justicijinoj vagi nužno pomera na štetu okrivljenog dok garancije o „jednakosti oružja“ deluju gotovo cinično. Postojanje ovakve procesne asimetrije potvrđeno

je u brojnim empirijskim istraživanjima.² Neki od problema kontradiktornog ustrojstva istrage izviru i iz dužnosti razmenjivanja informacija do kojih se dođe u toku paralelnih istraživanja. Naime, odsustvo takve obaveze redovno bi dovodilo do toga da stranke tek na glavnoj raspravi saznaju s čime raspolaže procesni protivnik, odnosno da tek tada uvide utvrđivanju kojih činjenica su se trebale ranije posvetiti. Stoga se propisuju različite forme postupanja čija je svrha neutralisanje faktora iznenađenja. I pored toga, stranke ovoj obavezi pristupaju prilično neiskreno, ubedene da ranim otkrivanjem aduta smanjuju sopstvene izgleda za uspeh. To na kraju neizbežno dovodi do stvaranja nepoželjne prakse da se istražne radnje često preduzimaju i posle podizanja optužnice – u fazi pripremanja glavne rasprave.³ Na kraju, bilateralna metoda prikupljanja dokaza neizostavno dovodi do tešnjeg povezivanja stranaka sa svedocima i veštacima. Ovo, s kontinentalnoevropskog stajališta gotovo blasfemično prethodno kontaktiranje sa svedocima i veštacima, ovde se podrazumeva, dok se sami svedoci i veštaci počinjju osećati kao deo tima koji ih priprema.⁴

Toliko o nedostacima stranački oblikovanog pripremnog postupka. Što se tiče njegovog kontinentalnoevropskog pandama, opšte je uverenje da su se strukturalni problemi mešovitog krivičnog postupka najreljefnije ispoljili u organizaciji prethodnog postupka.⁵ Osnovnu slabost sudske istrage predstavlja nedovršena diferencijacija procesnih uloga koja je stvorila pasivnog tužioca (što je inkompatibilno njegovoj procesnoj ulozi i samoj prirodi istrage) i inertnog sudiju (čiji je rad uglavnom kabinet ski, a on sam bez operativno primenljivih kriminalističkih znanja). Teško je na jednom mestu sabrati sve primedbe koje se stavljaju na račun ovako koncipiranog prethodnog postupka. Gotovo je jednodušna ocena da je sudska istraga jalova i da se njome generiše nepotrebno ponavljanje dokaza u postupku⁶, da je anahrona komparativnom krivičnoprocesnom zakonodavstvu i međunarodnom krivičnom pravu⁷, te da se kroz nju istražnom sudiji implicite nameće funkcija krivičnog gonjenja i na njega premešta odgovornost za uspeh tog gonjenja⁸ zbog čega je ona, u stvari, samo jedna vrsta mimikrije koja služi da se

2 Vidi: Steve Bogira, *Courtroom 302: A year Behind the Scene in an American Criminal Courthouse*, Knopf, 2005.

3 Mirjan Damaška, O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, Zagreb, br. 2/1997, str. 384.

4 *Ibid.*, str. 386.

5 Davor Krapac, *Savremeni prethodni krivični postupak: nastanak i glavne značajke*, *NZ*, 2-3/89, str. 288.

6 Stanko Bejatović, *Radna verzija Zakonika o krivičnom postupku RS i tužilački model istrage*, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2010, str. 29.

7 *Ibid.*, str. 28.

8 Vojislav Đurđić, *U susret reformi krivičnog pravosuđa – između zahteva društvene stvarnosti i pravnih prepreka u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Nišu „Pristup pravosuđu“*, Niš, 2008, str. 303.

uglavnom policijski dokazi zaodenu potrebnom formom.⁹ Ističe se još da je praksa potvrdila da istražni sudija gotovo nikad ne sprovodi procesne radnje u korist okrivljenog, a da skoro uvek usvaja predloge javnog tužioca usmerene na ograničavanje prava i sloboda okrivljenog,¹⁰ čime se nepristrasnost suda ozbiljno dovodi u pitanje. Ovo poslednje ima veze sa osnovnom slabošću unilateralne metode utvrđivanja činjenica kojom se pred istražitelja stavljaju nepremostive psihološke prepreke budući da sama priroda procesa istraživanja zahteva da onaj koji istražuje postavi određenu hipotezu o događaju koji se rekonstruiše. Teško je opovrgnuti napred iznete prigovore. Jedino bi možda valjalo napomenuti da napred spomenuta hipokrizija nije sasvim beskorisna budući da okrivljenom, kojem sve ovo nije poznato, odaje utisak da nije u rukama svog progonitelja.

3. Javni tužilac kao gospodar prethodnog postupka

Svesni sterilnosti sudske istrage kontinentalnoevropski reformatori su redom odustajali od takvog njenog ustrojstva i sprovođenje prethodnog postupka poveravali javnom tužiocu. Njemu se predaje ovlašćenje da preuzima procesne radnje radi prikupljanja dokaznog materijala na temelju kojeg će docnije odlučiti o podizanju optužbe. Rasprava u koju se na ovom mestu upuštam baviće se istragom u njenom javnotužilačkom obliku. Ali je pre toga potrebno učiniti još nekoliko napomena. Naime, nekako uporedo sa procesom afirmacije javnotužilačke istrage događalo se i drastično pojačavanje uticaja angloameričke procesne kulture na kontinentalnoevropsku pravnu baštinu. Štaviše, egzaltacija „novih“ procesnih rešenja pogodila je osnovne postulate mešovitog krivičnog postupka. Svoje najvidljivije rezultate prozelitizam je dao na području organizovanja glavne rasprave, čiji tok sada sve više meandrira ka penušavom izvoru angloameričkih procesnih ideja. O ovoj okolnosti se mora voditi računa i prilikom ocene vrednosti javnotužilačke istrage. Jer, ako je i istina da se za modeliranje prethodnog i glavnog postupka ne mora koristiti isti kalup¹¹, određeni se stepen koherencije i konzistentnosti procesnih etapa ipak mora obezbediti.¹² Zato nipošto nije svejedno da li se na ovu istragu nadovezuje tradi-

9 Milan Škulić, *Koncepcija istrage u krivičnom postupku*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br.1, 2010, str. 70.

10 Vojislav Đurđić, *U susret reformi krivičnog pravosuđa – između zahteva društvene stvarnosti i pravnih prepreka u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Nišu „Pristup pravosuđu“*, Niš, 2008, str. 305.

11 Milan Škulić, *Pogrešna koncepcija Nacrta Zakonika o krivičnom postupku Srbije*, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2, 2010, str. 48.

12 Vojislav Đurđić, *U susret reformi krivičnog pravosuđa – između zahteva društvene stvarnosti i pravnih prepreka u Zborniku radova Pravnog fakulteta u Nišu „Pristup pravosuđu“*, Niš, 2008, str. 328.

cionalna glavna rasprava mešovito tipa (u kojoj sud svojom aktivnošću koliko-toliko održava grubu ravnotežu između stranaka) ili njenu nadgradnju čini adverzijalna rasprava shvaćena kao spor stranaka. O značaju ovih razlika biće više reči docnije.

Kada se govori o promeni koncepta istrage najčešće se upotrebljava sintagma „o zameni sudske istrage tužilačkom“ što površnom posmatraču može ostaviti utisak da se radi o prostoj zameni titulara istražiteljske funkcije. Čitava stvar je, međutim, daleko delikatnija i podrazumeva značajne strukturalne promene i drugih procesnih faza. Prosto zamenjivanje istražnog sudije javnim tužiocem, bez drastičnih izmena u konstrukciji čitavog postupka, imalo bi ogromnu nezgodu već sa gledišta logike. Apsurdnost situacije u kojoj bi jedna stranka (državni službenik) izvodila dokaze koji bi docnije vredeli na glavnoj raspravi ne treba naširoko objašnjavati. To je tako krasno besmisleno kao u onim Ibsenovim¹³ metaforama o „sovi koja se uplašila mraka“ i „ribi koja se vode bojala“. I kad je tradicionalna sudska istraga etiketirana kao „inkvizitorska“ kakav bi epitet priličio ovakvoj njenoj organizaciji? Položaj okrivljenog u ovakvoj istrazi nužno bi asocirao na onu anegdotu, ispričanu kod Hiperborejaca, o mladom diplomati koji iznosi smeo lični stav da bi svaki brak trebalo da započne silovanjem, na šta mu zatečeni sagovornik samo odgovara da bi o tome trebalo zatražiti i mišljenje silovanih. Razmotrimo li dakle ovaj segment procesa iz krhke psihološke perspektive okrivljenog (o čijim se ljudskim pravima moderna zapadna civilizacija tako brižno stara) uvidećemo da iz ugla ovog okrivljenog, od kojeg se očekuje da na glavnoj raspravi razvija svoju taktiku i parira formalno ravnopravnoj protivstranci (istom onom tužiocu čiji je predmet istraživanja bio u prethodnom postupku), početak ovog procesa ne može izgledati drugačije nego „silovanje“.

Unapređenje tužioca u „gospodara“ prethodnog postupka, uz zadržavanje shvatanja o kontinuumu istrage i glavne rasprave, u koliziji je i sa teorijskom definicijom krivičnog postupka.¹⁴ Naime, u krivičnoprocesnoj nauci je opšteprihvaćeno da se krivični postupak definiše kao procesnopravni odnos koji nastaje, teče i okončava se između procesnih subjekata (suda i stranaka) u cilju pravilne primene krivičnog zakona na stvar koja je predmet postupka.¹⁵ Dok nema takvog odnosa nema ni krivičnog postupka, pa prethodna istraživanja

13 Ibsen Henrik (1828-1906), norveški književnik.

14 Vojislav Đurđić, Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u Prednacrta Zakonika o krivičnom postupku iz 2010, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2, 2010, str. 6.

15 Ibid, str. 6.

stranaka (ili jedne stranke) ne mogu biti više od faze krivičnog postupka shvaćenog u širem smislu.¹⁶

Kao plod nastojanja da se ovakve i slične opasnosti (koje instaliranje novog modela prethodnog postupka nužno prate) izbegnu, u uporednom pravu su se razvili različiti procesni mehanizmi. Pre svega, javnotužilačkoj istrazi se u strukturi krivične procedure daje drugačije mesto, a samim tim i drugi ciljevi i svrha. Umesto cilja koji je od sudske istrage napravio informacijsku kičmu i karakterističnu crtu celog postupka, cilj javnotužilačke istrage se ograničava na prikupljanje obaveštenja i dokaza na temelju kojih bi se mogla doneti ispravna odluka o opravdanosti pokretanja sudskog krivičnog postupka.¹⁷ Tako ovaj stadijum prestaje biti integralni deo krivičnog postupka (u užem smislu) i preobražava se u jednu vrstu administrativnog postupka od čijih rezultata zavisi da li će tužilac svoj zahtev uopšte uputiti sudu.¹⁸ Principi na kojima je zasnovana normativna razrada novog modela precizno su određeni.¹⁹ Preduzimanje dokaznih radnji u sistemu tužilačke istrage spada u isključive prerogative javnog tužioca, dok okrivljeni nema mogućnost da samostalno izvodi dokazne radnje. To se nadoknađuje time što *a)* okrivljeni nakon otpočinjanja istrage može javnom tužiocu predložiti sprovođenje određenih dokaznih radnji i *b)* obavezom tužioca da sa jednakom pažnjom prikuplja kako dokaze koji idu u prilog optužbi, tako i one koje koriste odbrani. Formalizam ne spada u izražena obeležja takvog prethodnog postupka. On obično započinje sa prvim aktivnostima policije ili javnog tužioca na rasvetljavanju krivičnog dela, a sam početak se najčešće ne označava posebnom odlukom. Saglasno tome ne postoji nikakva podela na policijske izvide i istragu, nego se sprovodi jedinstveni postupak prethodnog istraživanja čiji je epilog podizanje optužnice ili obustavljanje postupka. Učešće suda se u ovoj fazi iscrpljuje s pojavljivanjem sudije za istragu koji odlučuje o radnjama i merama kojima se ograničavaju osnovna ljudska prava i slobode okrivljenog, te vrlo restriktivno u nekim izuzetnim slučajevima kakav je, na primer, dokazno ročište. Dokazne radnje koje preduzima javni tužilac, razumljivo, nemaju ni izbliza onakvu dokaznu snagu kakvu ima izvođenje istih radnji od strane istražnog sudije. Štaviše, nastoji se ukloniti uti-

16 Vojslav Đurđić, Krivično procesno pravo – posebni deo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Niš, 2011, str. 44-45.

17 Vojslav Đurđić, Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u Prednacrta Zakonika o krivičnom postupku iz 2010, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2, 2010, str. 8.

18 Vojslav Đurđić, Krivično procesno pravo – posebni deo, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univerziteta u Nišu, Niš, 2011, str. 44.

19 Stanko Bejatović, Radna verzija Zakonika o krivičnom postupku RS i tužilački model istrage, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2010, str. 31.

caj radnji prethodnog postupka na raspravni sud, pa se presuda sme temeljiti samo na materijalu izvorno prikupljenom na glavnoj raspravi. Ukoliko pak postoji opasnost od gubljenja nekog dokaza određuje se već spomenuto dokazno ročište čija je svrha prethodno kontradiktorno prikupljanje dokaza koji će se upotrebiti na raspravi. I ročište za potvrđivanje optužnice postaje neizbežna procesna forma u sistemu javnotužilačke istrage, a njome se nastoji sprečiti da okrivljeni bez osnova bude optužen i izveden pred sud.

4. Dva lica tužilačke istrage

I u ovako razvijenoj koncepciji prethodnog postupka mogu se naći povodi za zamerke i sumnje. I pored toga što je neformalnog karaktera, što je izmeštena iz sudskog postupka (u užem smislu) i lišena nekadašnjeg uticaja na glavnu raspravu, istraga i dalje ostaje važna procesna etapa. S obzirom na vremensku blizinu spornom događaju i izvorima informacija, ova faza je od ključnog značaja za uspešno prikupljanje i selekciju dokaznog materijala. Od ovde dobijenih rezultata direktno zavisi pokretanje krivičnog postupka, neretko i njegov epilog. Tome treba dodati i da je rad na očuvanju temeljnih čovekovih sloboda i prava u ovoj etapi znatno zahtevniji nego što je to slučaj u centralnom stadijumu procesa. Stvar se bitno ne menja ni sa jačanjem značaja glavne rasprave (na kojoj se po pravilu moraju izvesti svi dokazi na kojima će se temeljiti presuda). Jer, jesu li garancije koje svojom organizacijom obezbeđuje glavna rasprava dovoljne da amortizuju osetnu startnu prednost koju tužilac donosi iz istrage? Upravo mogućnost da se slabosti u kreiranju prethodnog postupka reflektuju i na pretpostavljenu procesnu simetriju glavne rasprave predstavlja opravdanje i razlog brižljive kritičke analize javnotužilačkog koncepta istrage. Stoga i redovi koji slede imaju ambiciju da stvari pokažu u onakvoj boji u kakvoj bi mogle biti, a ne u onakvoj kakve bi trebale da budu. Ali se pre toga treba vratiti jednoj ranije učinjenoj napomeni. Naime, posle implementiranja javnotužilačke istrage u opštoj konfiguraciji krivičnog postupka moguće je razaznati dva osnovna oblika: prvi, kada se na tužilačku istragu nastavlja glavna rasprava karakteristična za mešoviti tip postupka (čiju paradigmu predstavlja nemački krivični postupak) i drugi, kada se na nju nadovezuje adverzijalna glavna rasprava (što je slučaj u gotovo svim zemljama koje su donele nove kodifikacije). Ovde će se uglavnom razmatrati prva, po mom sudu nešto srećnija kombinacija.

U pravnoj doktrini se često ponavlja da je poveravanjem istrage tužiocu njegov položaj bolje prilagođen akuzatorskoj strukturi krivičnog postupka.²⁰

20 Stanko Bejatović, Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i neka pitanja našeg procesnog krivičnog zakonodavstva, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, Beograd, br. 2-3, 2005, str. 38.

Tako se, međutim, čini sve dok plugom kritike brazdamo samo površinu. Dublja analiza modela u kojem tužilac ima monopol preduzimanja dokaznih radnji ozbiljno dovodi u pitanje izneti stav. Prvo, uticaj okrivljenog na tok ovog postupka je gotovo zanemarljiv. On odnosno njegov branilac ne mogu čak ni prisustvovati radnjama javnog tužioca. Doduše, okrivljeni od njega može tražiti da izvede određene dokazne radnje, ali ovi predlozi tužioca ne obavezuju. Kao što ni sudiju istrage ne obavezuju predlozi za održavanje dokaznog ročišta.

Primetno je da ovako koncipiranom istragom dominira inkvizitorno načelo. Samostalno i po sopstvenoj inicijativi, radi zadovoljavanja vlastitih spoznajnih potreba, javni tužilac u formi službene istrage prikuplja dokaznu građu kako bi doneo odluku o podizanju optužbe.²¹ Ne treba naširoko objašnjavati kako je ovakav ambijent izrazito nepovoljan za okrivljenog. Bez obzira što sudski postupak u pravom smislu reči još nije počeo i nezavisno od garancija koje okrivljenog tamo čekaju, činjenica je da i pre glavne rasprave postoje određena (bitna) dešavanja na koja okrivljeni iz svog položaja Jozefa K vrlo malo može uticati. Nije teško zamisliti frustraciju okrivljenog koji dokazne predloge stavlja svom progonitelju, pogotovo kad ovaj ima vlast da takve predloge odbije. Ne treba zaboraviti ni da tužilac ima pravo da ispituje okrivljenog, bez obzira što mu je ovaj protivstranka. Ukratko, naspram javnog tužioca koji u cilju istraživanja krivičnih dela može dokaze prikupljati i primenom mera prinude, stoji okrivljeni koji ne samo da tu mogućnost nema, nego i sam može biti podvrgnut takvoj prinudi.²² Da bi se procesno razgoropadio okrivljeni je prinuđen da čeka glavnu raspravu.

I baš ta kumulacija funkcija progona i prikupljanja dokaza predstavlja drugu ozbiljnu manu ovakvog ustrojstva istrage. Ovaj se problem pokušava anulirati fikcijom da tužilac nije samo stranka, već i državni organ čiji je cilj donošenje pravilne odluke zbog čega on sa istom brigom istražuje kako optužne, tako i odbrambene hipoteze. Na taj način uloga tužioca nadilazi funkciju krivičnog progona zbog čega on uopšte i nije stranka nego neka vrsta parastranke.²³ Međutim, takva pozicija nužno povlači kolebanja i protivrečnosti s kojima je teško izaći na kraj, pa je otvoreno pitanje koliko je ova fikcija teorijski opravdana i praktično moguća. Izneti koncept istrage od tužioca traži vrlinu kojoj on, uveliko sumnjam, nije kadar udovoljiti. I ako mi se dozvoli da primetim, čini se da ovom tužiočevom položaju savršeno odgovaraju primedbe koje je Veliki inkvizitor uputio jednom drugom arhitekti: „Kunem ti se, čovek je

21 Davor Krapac, *Kazneno procesno pravo*, prva knjiga, Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2010, str. 103.

22 Ibid, str. 26.

23 C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, Munchen, 1998, str. 88.

stvoren slabiji i niži nego što si ti o njemu mislio! Može li on izvršiti ono što i ti? Poštujući ga toliko, time kao da si prestao da sa njim saosećaš, jer si i suviše mnogo od njega zahtevao. Da si ga manje poštovao, ti bi manje od njega i tražio, a to bi bilo bliže i ljubavi, jer bi njegov teret bio lakši.²⁴ Vratimo li se s poetične proze opet tužiocu, odmah će u oči upasti da on ne samo da svoje stranačke nagone ne može obuzdati nego da bi, čak i kad bi to mogao, veliki rizik bio prepuštati se snazi njegove volje da služi istini i pravičnosti. Nepriistrasan tužilac, koji će za račun pravilnog donošenja odluke voditi brigu i o hipotezama odbrane, inkompatibilan je samoj prirodi kontradiktornog postupka. Oponiranje odbrane, nesputane stegama imperativa objektivnosti, prirodno će buditi stranački duh i antagonizam kod tužioca.

Pogledajmo sada ovaj problem kroz iskustvo istražnog sudije. Njemu, za koga nepristrasnost nije samo obaveza nego i suština njegovog pojma, spočitavana je sklonost priklanjanju tezama tužioca i nesposobnost odupiranja uticajima nepovoljnog procesnog ambijenta. Jer, njegov mu je položaj nametao nerešive psihološke probleme: već donošenje rešenja o sprovođenju istrage podrazumevalo je barem delimičnu uverenost u krivicu osumnjičenog, zbog čega je logično da se postupak dalje vodi u smeru koji će potvrditi takvo uverenje.²⁵ Kad je sudija, koji je od neutralnosti sazdan, bio tako slab, šta se može očekivati od tužioca kao nosioca funkcije optužbe? I kad sudija nije uspevao sačuvati objektivnost zato što je odgovornost za uspeh gonjenja delimično prevalljivana na njega, kako će to moći tužilac koji je isključivo odgovoran za taj uspeh? Jer ako je istražnom sudiji bilo teško da se odupre opštepoznatim slabostima unilateralne metode, javnom tužiocu – čija osnovna procesna funkcija podrazumeva pojačanu senzibilnost za dokaze koji potvrđuju hipotezu krivice – biće još teže. Izgleda da se od tužioca očekuje da bude natčovek. Stvaranje takvog tužioca možda je i moguće u Nemačkoj (ali o tome ću posle) jer su „soju plavokosih osvajača i gospodara“²⁶ predstave o natčoveku uvek bile bliske.

Marginalizovanje okrivljenog u fazi istrage u koliziji je i sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, čiji glas Evropom danas snažnije ječi od čuvene grmljavine sa Sinaja, a po kojoj se „jednakost oružja“ mora protezati na sve stadijume krivičnog postupka, kako na prethodni postupak, tako i na glavnu raspravu i postupak po pravnim lekovima.²⁷ Ali i ako apstrahujemo fluidnu

24 Iz poeme o Velikom inkvizitoru, F.M.Dostojevski, Braća Karamazovi, Izdavačko preduzeće „Rad“, Beograd, 1977, str. 327.

25 Davor Krapac, Kazneno procesno pravo, prva knjiga, Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2010, str. 26.

26 Fridrih Niče, Tako je govorio Zaratustra, Kompanija Novosti a.d., Beograd, 2005, str. 125.

27 Lamy c/a Belgije, presuda od 30.III 1989, par. 29.

praksu Evropskog suda, već sama procesna logika nalaže da se okrivljenom i u prethodnom postupku (iako to još nije krivični postupak u užem smislu) mora dati šansa da pribavlja dokaze u svoju korist, jednako kao što to čini njegov procesni protivnik, jer se time stvaraju preduslovi za sprovođenje tog principa u budućem sudskom postupku.²⁸ Na ovom mestu se treba suprostaviti shvatanju da je koncept paralelne istrage protivan funkciji odbrane u krivičnom postupku, kao i dejstvu pretpostavke nevinosti pošto nema svrhe da okrivljeni istražuje sopstvenu nevinost.²⁹ Po tom rezonu okrivljeni bi trebao biti pasivan tokom čitavog procesa (i na glavnoj raspravi i u postupku po pravnom leku) budući da ga pretpostavka nevinosti štiti sve do pravosnažnog okončanja postupka, što je potpuno besmisleno.

Ionako klimava građevina javnotužilačke istrage posebno nestabilna postaje na svom devetom spratu,³⁰ kod uslova da njena normativna razrada mora podrazumevati „puno poštovanje principa prema kojima je tužilac (ili tužilac i policija) jedini ovlašćeni subjekt preduzimanja istražnih radnji uz predviđanje mehanizma obezbeđenja dokaza kako na štetu, tako i u korist lica protiv kojeg se sprovodi istraga.“³¹ U istrazi pravljenoj po meri tužioca ovom zahtevu, videli smo, nije moguće udovoljiti. Jer, ako se ti mehanizmi svode na nadanje u objektivnost i savest tužioca onda oni nisu drugo do *utopija*, ništa manja od Nove Atlantide. Ako pak ti mehanizmi podrazumevaju mogućnost okrivljenog da tužiocu predlaže preduzimanje određenih radnji, odnosno animiranje sudije za istragu koji će tužiocu naložiti preduzimanje takve radnje ili je sam preduzeti, takva je procedura, osim što je neefikasna, i troma i komplikovana. Izgleda da se u toj preraspodeli procesnih funkcija između javnog tužioca i istražnog sudije (odnosno sudije za istragu) nužno javlja problem koji logičari nazivaju *circulus viciosus*.

Stoga se pridružujem onima koji smatraju da ukoliko prelaz sa sudske na javnotužilačku istragu nije praćen uvođenjem paralelne istrage odbrane, tu reformu treba opravdavati razlozima koji ostavljaju po strani približavanje idealu jednakosti oružja.³² Tako stvari stoje sa čisto principijelnog stanovišta. Potpuno je

28 Momčilo Grubač, Odredbe o organizaciji prethodnog krivičnog postupka Nacrta ZKP Srbije iz aprila 2010. godine upoređene sa odgovarajućim odredbama italijanskog ZKP, Glasnik AKV, br. 12, 2010, str. 565.

29 Tako Milan Škulić, Konceptija istrage u krivičnom postupku, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Beograd, 2010, br. 1, str. 57.

30 Stanko Bejatović, Radna verzija Zakonika o krivičnom postupku RS i tužilački model istrage, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2010, str. 32.

31 Ibid, str. 35.

32 Mirjan Damaška, O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog postupka, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, br. 1/2007, str. 12.

odvojeno pitanje kako bi takva istraga izgledala u praksi i da li je ona uopšte moguća u tradicionalnom kontinentalnoevropskom institucijskom miljeu.

Pojava da praksa brzo troši proklamovane principe nije karakteristična samo za sudsku istragu. Naprotiv. Svojim deformitetima stvarnost se potrudila i da ovde iznetim teorijskim prigovorima da određeni stepen kredibiliteta. Naime, komparativna empirijska istraživanja pokazuju da javnog tužioca u istrazi kojom on gospodari obuzimaju iste osobine koje su nekad karakterisale istražnog sudiju.³³ Studije rađene u Nemačkoj svedoče da policija u prethodnom postupku uglavnom istražuje samostalno i nezavisno od javnog tužioca koji se ograničava na donošenje formalne odluke o podizanju optužbe nakon što policija prikupi dokaze.³⁴ Štaviše, faktička dominacija policije u istrazi se do te mere pojačala da je nemački pravni pisci prepoznaju kao stvarnu „gospodaricu“ prethodnog postupka.³⁵ Isti komentatori javnom tužiocu najvećma zameraju što dok sa jedne strane istraživanje prepušta policiji, sa druge strane samostalnim okončanjem postupka primenom načela oportuniteta preuzima ulogu suda. Time je zavredeo da ga, sa priličnom dozom ironije, nazivaju sudijom pre sudije.³⁶ Empirijske studije otkrivaju da nemački javni tužilac ne samo što vrlo retko pokušava uticati na istraživačku delatnost policije nego da, i kad to čini, sadržaj njegovih naredbi je gotovo uvek u skladu sa rezultatima istraživanja policije i u skladu sa hipotezama koje je postavila policija. Posledice toga su dvojake: jedanput se dešava da policija zbog nedovoljnog poznavanja krivičnopravnih nauka istražuje previše (baveći se detaljima koji nisu od značaja za ishod krivičnog postupka), a drugi put premalo (ispuštajući iz vida okolnosti koje su sa aspekta primene materijalnog prava od kardinalnog značaja). Opisano faktičko stanje snažno potiskuje stereotipnu sliku o javnom tužiocu kao nekakvom kvazisudiji čija uloga nadilazi funkciju krivičnog progona i obuhvata sve one radnje koje se pokazuju potrebnim za donošenje pravilne odluke, bez obzira na to jesu li u korist ili na štetu okrivljenog.

Ipak, s tom povoljnom predrasudom o objektivnom tužiocu vezanom načelom legaliteta i glavnom raspravom koja sudu ostavlja punu inicijativu u procesu formiranja činjenične građe, krivični postupak još koliko-toliko

33 Mariane Wade, *Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, The Rise of Prosecutorial Power Across Europe*, Heidelberg, 2006, str. 43.

34 Silke Huls, *Polizeiliche und statsanwaltliche Ermittlungstätigkeit: Machtzuwachs und Kontrollverlust*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, 2007, str. 236.

35 Ibid, str. 229.

36 Albrecht Hans-Jorg, *Criminal prosecution : Developments, Trends and Open Questions in the Federal Republic of Germany*, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Vol.8/3, 2000, str. 255.

zadržava skladnu strukturu. Zajedničke težnje državnih organa da u postupku verno reprodukuju stvarnost, makar bile i deklarativne, predstavljaju kopču koja povezuje javnotužilačku istragu i tradicionalnu glavnu raspravu mešovitog tipa. Ta inkvizitorska nit ispoljena u nastojanju da se po službenoj dužnosti stara i o interesima odbrane, sve u cilju utvrđivanja *istine*, barem prividno obezbeđuje organsko jedinstvo istrage i glavnog postupka.

Nezgode opisivane na prethodnim stranicama još se više zapliću sa bizarnim kombinovanjem javnotužilačke istrage i adverzijalne glavne rasprave. Da podsetim, organizovanje rasprave kao spora ravnopravnih stranaka podrazumeva redistribuciju procesnih funkcija: dokazna inicijativa se prenosi na stranke koje se pred sada pasivnim sudom bore za pobedu svoje teze. To znači da je istraga ustrojena kao jednostrana službena delatnost tužioca, a da je glavna rasprava zamišljena kao konflikt ravnopravnih stranaka. Tužilac tako postaje, kako kažu, „*dominis litis* prethodnog postupka i ravnopravna stranka na glavnoj raspravi.“³⁷ čitava koncepcija se dakle zasniva na dualističkoj prirodi javnog tužioca od koga se očekuje da svoje disparatne procesne funkcije pomiri neverovatnom sposobnošću transformisanja od nekakve „parastranke“ prethodnog postupka (koja istražuje u interesu istine) do agresivnog zastupnika interesa krivičnog progona. Takva su očekivanja, međutim, iluzorna, a pravo pitanje je kakve su stvarne mogućnosti okrivljenog da u procesnom dvoboju parira tužiocu kojem je u istrazi bio potčinjen.

5. Zaključak

Prešavši put od slobodne prepirke stranaka do jednostranog sudskog istraživanja u kontinentalnoj Evropi se za relativno duže vreme ustalio tzv. mešoviti tip krivičnog postupka. Stvoren kombinovanjem elemenata iz dve starije forme krivičnog postupka ovaj se model sastojao iz dve osnovne etape: istrage, u kojoj je dominirao uticaj inkvizitorskog postupka i glavnog postupka, ustrojenog na temeljima akuzatornosti. Međutim, u savremenim društvenim uslovima (porast stanovništva, tehnološka revolucija, novi oblici kriminaliteta) pojavio se opravdan zahtev da se kroz krivično procesno pravo artikuliše realna potreba za efikasnijim krivičnim postupkom. Rešenja se traže, između ostalog, i u korenitoj reformi prethodnog postupka. Štaviše, u konfiguraciji tradicionalnog mešovitog postupka područje istrage označeno je kao jedno od najpogodnijih za podizanje nivoa funkcionalnosti.

37 Berislav Pavišić, Tranzicije evropskih krivičnih postupaka u Pravo Republike Srbije i pravo EU – stanje i perspektive, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, Niš, 2008, str. 565.

Bilo bi neoprezno prognozirati kakav će efekat na dalju evoluciju krivičnog postupka imati ovakvo ustrojstvo istrage, ali pitanja koja sam na prethodnim stranicama otvorio nagone me da verujem da prethodni postupak ne samo da nije dobio idealno obličje, nego čak ni trajnije. Pre će biti da je javnotužilačka istraga samo prolazna faza u razvoju prethodnog postupka izazvana dezintegracijom tradicionalnog obrasca istrage i da je samo uvod u turbulentne promene koje bi, na koncu, možda mogle rezultirati nekom trajnijom fizionomijom prethodnog postupka.

Što se tiče Srbije, stvar je onoliko turobnija koliko su turobnije i opšte društvene prilike. Iz vizure ovog rada istraga koju promovise novi zakonik deluje bezizrazno kao ulični pločnik. Osim što je tužilačka, ona je i policijska i stranačka i sudska.³⁸ Integrisana je u sudski postupak, pa čak i njeni policijski dokazi imaju potencijalnu vrednost na glavnoj raspravi. Konceptijsku dezorijentisanost potvrđuju i sami autori kad konstatuju da se u uporednom pravu jasno razaznaju dva rešenja – jedno, koje posao istraživanja poverava isključivo javnom tužiocu i čiju paradigmu predstavlja nemački model prethodnog postupka i drugo, koje podrazumeva paralelnu istragu stranaka kao u Italiji, ipak svedoče da se „domaći zakonodavac opredelio za mešovito rešenje.“³⁹ Ovoj *poutpourri* istrazi kao primer za ugled mogao bi poslužiti slučaj hrvatskog zakonodavca. Prvo zato što je i tamo istraga isprva bila deo sudskog postupka koji je započinjao izdavanjem naloga o njenom sprovođenju. A potom i zato što se tamošnji zakonodavac ispravljajući loših procesnih rešenja posvetio odmah po donošenju novog zakona, znatno pre nego što se isti počeo primenjivati.

6. Literatura

- Albrecht Hans-Jorg, (2000) Criminal prosecution: Developments, Trends and Open Questions in the Federal Republic of Germany, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*.
- Bejatović S., (2010) Radna verzija Zakonika o krivičnom postupku RS i tužilački model istrage, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2, str. 23-39.
- Bejatović S., (2005), Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i neka pitanja našeg procesnog krivičnog zakonodavstva, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2-3, str. 37-55.

38 Vojislav Đurđić, Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u Prednacrtu Zakonika o krivičnom postupku iz 2010, *Revija za kriminologiju i krivično pravo*, br. 2, 2010, str. 8.

39 S. Beljanski, G.Ilić, M. Majić, u predgovoru Zakoniku o krivičnom postupku, *Službeni glasnik*, Beograd, 2011, str. 35.

- Beljanski S., Ilić G., Majić M., (2011), Predgovor Zakoniku o krivičnom postupku, Beograd, Službeni glasnik.
- Bogira S., (2005), Courtroom 302: A year Behind the Scene in an American Criminal Courthouse, Knopf.
- Damaška M., (1997), O miješanju inkvizitornih i akuzatornih procesnih formi, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 2, str. 381-394.
- Damaška M., (2006), Sudbina anglo.američkih procesnih ideja u Italiji, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 1, str. 3-15.
- Damaška M., (2007), O nekim učincima stranački oblikovanog pripremnog postupka, Zagreb, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, br. 1, str. 3-14.
- Đurđić V., (2008), U susret reformi krivičnog pravosuđa – između zahteva društvene stvarnosti i pravnih prepreka, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu „Pristup pravosuđu“, str. 301-317.
- Đurđić V., (2010), Redefinisanje klasičnih procesnih pojmova u Prednacrta Zakonika o krivičnom postupku iz 2010, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2, str. 3-22.
- Đurđić V., (2011), Krivično procesno pravo – posebni deo, Niš, Centar za publikacije Pravnog fakulteta Univeziteta u Nišu.
- Grubač M., (2010), Odredbe o organizaciji prethodnog krivičnog postupka Nacrta ZKP Srbije iz aprila 2010. godine upoređene sa odgovarajućim odredbama italijanskog ZKP, Glasnik AKV, br. 12, str. 559-572.
- Huls S., (2007), Polizeiliche und staatsanwaltliche Ermittlungstätigkeit : Machtzuwachs und Kontrollverlust, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag.
- Krapac D., (1989), Savremeni prethodni krivični postupak: nastanak i glavne značajke, Zagreb, NZ, br. 2-3, str. 287-332.
- Krapac D., (2010), Kazneno procesno pravo, prva knjiga: Institucije, Zagreb, Narodne novine.
- Niče F., (2005), Tako je govorio Zaratustra, Kompanija Novosti a.d., Beograd.
- Pavišić B., (2008), Tranzicije evropskih krivičnih postupaka u Pravo Republike Srbije i pravo EU – stanje i perspektive, Zbornik radova Pravnog fakulteta u Nišu, str. 551-575.
- Roxin C., (1998), Strafverfahrensrecht, 25.Auflage, Munchen, „Verlag C.H.Beck“.
- Škulić M., (2010), Konceptija istrage u krivičnom postupku, Revija za kriminologiju i krivično pravo , br. 1, str. 57-78.
- Škulić M., (2010), Pogrešna konceptija Nacrta Zakonika o krivičnom postupku Srbije, Revija za kriminologiju i krivično pravo, br. 2, str. 41-70.
- Wade M., (2006), Coping with Overloaded Criminal Justice Systems, Heidelberg, The Rise of Prosecutorial Power Across Europe.

Strahinja DAVIDOV
Advokat u Novom Sadu

MARGINALIA ON PREVIOUS CRIMINAL PROCEDURE

In this paper some of the typical features of different forms of criminal procedure have been considered. Having depicted the main characteristics of court investigation (which, for a long time, have been the most distinctive mark of the european-continental criminal procedure) and paralel party investigations derived from Anglo-American procedural culture, and the problems which are burdening them as well, the author committed the central part of this paper to public prosecuting model of investigation, as to the concept which on european-continental legal area is currently being mostly favoured. Remarks to this kind of investigation are of the essential nature and are derived from the asimetrical structure of the previous procedure, created due to giving the investigation monopoly to only one party (public prosecutor) and marginalization of the counter party (the defendant). The author is being sceptical about the dual prosecutor's nature who, in this concept, is being asked to overcome the basic function of representing the interest of public prosecuting (and the implied consequences) and transform himself into some kind of paraparty which during the previous investigation equally cares about the intersts of the defendant as well. According to him, these problems are imposibble to be completely anulled, although it is being tried by extradicting the investigation out of the court procedure (in the narrow sense) and by giving it new goals and purpose. Further considerations distinguish between two procedural situations: one, when traditional prosecuting main hearing of the mixed type follows the prosecitor's investigation, and the other, when its continuation is adversarially organized main hearing. The paper is concluded with the belief that the previous procedure is not only lacking the ideal form due to the prosecutor's investigation, but the more permanent form as well, and that this model is only a passing phase in the turbulent changes caused by the disintegrating court form of the investigation.

Key words: *previous procedure, investigation, public prosecutor*

INSTRUKCIJE AUTORIMA

1. Radovi se dostavljaju u elektronskoj formi, na disketi ili via email:
skup@sezampro.rs ili zoranstev_iksi@yahoo.com
2. Autori treba da dostave apstrakt, naslov i ključne reči i na engleskom jeziku.
3. Autori treba da dostave i naziv institucije u kojoj su zaposleni, kao i email i broj telefona
4. Neophodni elementi bibliografije navode se isključivo sledecim redosledom:
 - Prezime autora i početno slovo imena;
 - Godina izdanja u zagradi;
 - Za časopise volumen i broj strana, a za knjige mesto izdavanja i naziv izdavača;
 - Naslovi knjiga i nazivi časopisa štampaju se kurzivom;
 - U Bibliografiji se navode samo one reference na koje se autor članka eksplicitno poziva u tekstu. Ime autora koji se citira navodi se u originalu.
5. Uređivački odbor klasifikovaće članke u sledeće kategorije:
 - originalni naučni rad;
 - monografska studija;
 - pregledni članak;
 - naucna kritika, polemika i osvrti
6. Svi radovi se recenziraju
7. Recenzije su anonimne

CIP – Katalogizacija u publikaciji
Narodna biblioteka Srbije, Beograd

343

REVIJA za kriminologiju i krivično pravo
/ glavni i odgovorni urednik Zoran Stevanović. -
Vol. 41, br. 1 (januar/april 2003)- - Beograd
(Ulica Kraljice Natalije 45) : Srpsko udruženje za
kriminologiju i krivično pravo :
Institut za kriminološka i sociološka istraživanja,
2003- (Beograd : Kultura print). - 24 cm
Tri puta godišnje. - Je nastavak:
Jugoslovenska revija za kriminologiju i
Krivično pravo = ISSN 0022-6076
ISSN 1820-2969 = Revija za kriminologiju i
Krivično pravo

COBISS.SR-ID 116488460