

октобар 2017. Број 32

32 ТУЖИЛАЧКА реч

Гласило Удружења
тужилаца Србије



ТЕМА БРОЈА

Реформа правосуђа и Поглавље 23



ТУЖИЛАЧКА РЕЧ

Гласило Удружења
тужилаца Србије



Издавач:

Удружење тужилаца и заменика
јавних тужилаца Србије,
Ресавска 16а, Београд

Главни уредник:

др Марина Матић Бошковић

Редакција:

др Горан Илић,
председник УТС и заменик Републичког тужиоца;
др Марина Матић Бошковић,
потпредседник Програмског савета УТС;
Радован Лазић,
председник УО УТС и заменик Апелационог
јавног тужиоца у Новом Саду.

Визуелни концепт и дизајн:

comma | communications design

Техничка припрема:

Мирослав Крстић

Штампа:

GrafoIN, Београд

Тираж:

600

Адреса редакције:

Ресавска 16а, Београд

телефон/факс

011 / 3031 909

e-mail:

udruzenjetuzilacsrbije@gmail.com
www.uts.org.rs

ISSN 1452-8843 = ТУЖИЛАЧКА РЕЧ

COBISS.SR-ID 140096012

Уводна реч

Иван Дузлевски

4

Активности Удружења тужилаца Србије

Удружење тужилаца и
заменика јавних тужилаца
Републике Србије

7

Како реформисати кривични поступак у оквиру опште правне реформе у Србији и сходно захтевима из „преговарчког“ Поглавља 23

Милан Шкулић

16

Положај тужилаштва у оквиру реформе правосуђа

Предраг Ђетковић

44

Истраживање - Процена политичког утицаја на вођење истраге

Удружење тужилаца и
заменика јавних тужилаца
Републике Србије

51

The Portuguese Public Prosecution Service and the Police

Jose Ribeiro de
Albuquerque

56

Израду ове публикације је финансијски подржала
Фондација за отворено друштво. Садржај ове
публикације је искључива одговорност Удружења
јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије
и ни на који начин не одражава нужно ставове
Фондације за отворено друштво.



FONDACIJA ZA OTVORENO DRUŠTVO, SRBIJA
OPEN SOCIETY FOUNDATION, SERBIA

УВОДНА

ИВАН ДУЗЛЕВСКИ

Заменик јавног тужиоца у II основном јавном тужилаштву у Београду

Сведоци смо актуелног процеса јавне расправе о променама устава у Републици Србији. Као његов активни учесник, Удружење тужилаца Србије је заједно са Друштвом судија Србије и представницима невладиног сектора поднело јединствен предлог за измену Устава Републике Србије, који тренутно чине најважније друштвене норме о јавнотужилачкој организацији, највишем правосудном савету тужилаца, као и самих носилаца јавнотужилачке функције.

Најављене тектонске промене Устава Републике Србије у области правосуђа које би требало да прате стратешке циљеве у склопу усвојеног правног оквира функционисања правосуђа у Републици Србији (*Националне стратегије реформе правосуђа за период 2013.-2018. године*, „Сл. Гласник РС“ број 57/13 и *Акционог плана за њено спровођење*, „Сл. Гласник РС“ број 71/13 и 55/14), дотичу се најважнијих сегмената уставне материје о јавном тужилаштву: избора свих носилаца јавнотужилачке функције, првог избора, питања у вези мандата и одговорности јавних тужилаца, уставног положаја и надлежности јавног тужилаштва

у целини, те положаја, састава, избора и надлежности Државног већа тужилаца. Значај нормирања је толики да има непосредни утицај на успостављање независног, одговорног и транспарентног српског правосуђа. Због тога, стручну јавност више забрињава него што чуди одсуство правог и потпуног дијалога међу учесницима одржаних конференција, иако чујемо да су „разговори“ у пуном јеку. Последње најаве да ће предлог министарства за измену Устава у области правосуђа бити објављен тек након завршетка поменутих консултација и послат на мишљење Венецијанској комисији Савета Европе, уз досадашњу пасивну улогу представника министарства у поменутој расправи, на шта струка од почетка указује, имплицитно значе да је предложена јавна расправа популистички потез, дијалог без суштине, на чијем крају можемо једино очекивати октроисане, „дароване“ уставне норме. Сходно томе, за сада се чини да су једини успеси тог процеса што, за разлику од усвајања важећег Устава, најпре постоји могућност да се мишљење струке уопште чује, затим и што је иска-

РЕЧ



зан јединствен став представника исте и цивилног сектора у смислу да природа најављених промена буде суштинска и свеобухватна.

Шта је оно што би по мишљењу Удружења тужилаца морало представљати срж предстојећих промена Устава у домену правосуђа?

На први поглед, у нашем друштву постоји консензус свих релевантних чинилаца по питању смањења утицаја извршне и законодавне власти на правосуђе, у првом реду у поступку избора носилаца правосудних функција и другојачијег начина уређења састава и положаја Високог савета судства и ДВТ-а. Ипак, када се постави питање на који начин би то требало учинити, мишљења су одједном подељена. УТС се залаже да јасно дефинисање правне природе јавног тужилаштва и његовог односа према другим органима власти одредницом да је у питању „независни правосудни државни орган“, уз евентуално нова овлашћења, која би поред прогона учинилаца кривичних и других кажњивих дела и заштите уставности и законитости, била проширена и на област заштите људских права и грађанских слобода. Упориште

оваквог предлога проналази се у бројним препорукама релевантних међународних тела и добре праксе појединих држава у региону (пример Румуније). Сматрамо да би само овако Уставом одређено тужилаштво представљало праву нормативну гаранцију за спречавање недозвољених утицаја на рад јавног тужилаштва, његово делање у искључиво јавном интересу и отклон од досадашњег устројства по моделу совјетског типа. Наравно, ближе дефинисање јавнотужилачке организације требало би препустити посебном системском закону. У предлогу УТС-а изнета је аргументација да би досадашње монархичко уређење тужилаштва требало да замени концепт децентрализације, по коме би функцију тужилаштва поделили јавни тужилац и његови заменици, с тим да јавни тужилац буде „први међу једнакима“ и да се њихов однос посебно регулише законским нормама (пре свега питања издавања обавезног упутства и права на приговор). Предложене суштинске измене пратиле би ништа мање важне термилошке промене: заменик јавног тужиоца носио би назив „јавни тужилац“, а садашњи

јавни тужилац назив „главни јавни тужилац“, док би Републичко јавно тужилаштво постало „Врховно јавно тужилаштво“, а Републички јавни тужилац – „Врховни јавни тужилац“, а садашњи ДВТ назив који би одражавао његову праву природу – „Тужилачки савет“ или „Тужилачко веће“.

С друге стране, јасно је да потпуне самосталности јавног тужилаштва од утицаја носилаца политичке власти нема без радикалних измена тренутно важећих одредаба избора носилаца јавнотужилачке функције. Супротно решење неизбежно би водило само ка измештању политичког утицаја на правосуђе, можда чак и до некаквог општег реизбора свих носилаца правосудних функција. Став струковних удружења је по овом питању недељив – потпуно искључење органа извршне и законодавне власти из поступка избора у складу са препорукама међународних тела. Предвиђају се посебни модели избора Врховног јавног тужиоца, главних јавних тужилаца и самих јавних тужилаца, под окриљем Државног већа тужилаца (Тужилачког савета), уз одговарајуће услове за

избор, укидање пробног мандата, предвиђање потребне већине гласова чланова већа, трајање мандата и слично. Чини се да широј јавности некако промиче значај сада већ вишегодишње борбе струковних удружења која се залажу за поштовање принципа једнакости и равноправности при конкурисању за први избор на функцију судија и заменика јавног тужиоца, насупрот давању предности полазницима почетне обуке Правосудне академије испред стеченог знања и искуства у раду на конкретним предметима судијских и тужилачких помоћника, по моделу менторског система. Отуда, дефинисање положаја и односа ВСС-а и ДВТ-а с једне, те Правосудне академије с друге стране, постаје важно тек уколико би државна власт Академији, као установи у бити едукативног типа, уставом предвидела изборна овлашћења приликом предлагања или оцењивања кандидата за први избор судија и јавних тужилаца, у ком правцу већ постоје извесни предлози. Мислимо да би се на тај начин створио легалан канал константно-потенцијалног политичког утицаја на правосудје, ограничиле постојеће надлежности највиших правосудних тела и тиме неизбежно угрозила непристрасна и стручна заштита права грађана. Због наведеног, рад Правосудне академије, регулисање поступка и програма обуке

кандидата на правосудне функције и слична питања требало би препустити закону.

У односу на одредбе Устава о избору јавних тужилаца, одредбе о њиховој одговорности чине наличје медаље. Имајући у виду предложени начин избора јавних тужилаца, оправдано би било да разрешење са функције буде у надлежности ДВТ-а и да сам поступак разрешења и разлози за исто буду регулисани самим Уставом. Једини изузетак било би покретање поступка за утврђивање одговорности Врховног јавног тужиоца пред Тужилачким саветом, а на предлог Народне скупштине, у складу са принципом равнотеже власти.

Одредбе о Државном већу тужилаца, или како би то тело правилније требало назвати „Тужилачки савет“ односно „Тужилачко веће“, ако се прихвате све наведене суштинске измене о јавном тужилаштву и јавним тужиоцима, пратиле би нову уставну структуру. Најзначајније предложене новине односе се на измену састава већа, пре свега искључење представника по положају Народне скупштине и Владе Републике Србије, у складу са прокламованом деполизацијом правосудја, суштинско проширење изборних овлашћења ДВТ-а којим овај државни орган, као једини стручан правосудни савет тужилаца у земљи, преузима пуну одговорност за избор нових

главних јавних тужилаца и јавних тужилаца, одлучује о разлозима за престанак њихове функције, управља буџетом јавног тужилаштва (обезбеђење материјалне независности), спроводи дисциплински поступак и др.

Демократски искрено друштво познаје и признаје једну кључну закономерност – јачањем самосталности носилаца јавнотужилачке функције јачају и сви капацитети за стварање храбријег, одлучнијег и друштвено одговорнијег тужилаштва, државног органа чији је задатак отворена, бескомпромисна борба против свих облика криминала, посебно корупције на нивоу највише власти, оног нужног предуслова за остварење тежњи ка независном и самосталном правосудју. Због свега наведеног, драге колеге, наше удружење, као ни ми појединачно, немамо луксуз да се склонимо у комфор позиције немог посматрача, у ишчекивању наметнутих решења којим ће се на нови-стари начин дефинисати положај јавног тужилаштва или ће се као у садашњим уставним одредбама одговори на одређена кључна питања упадљиво изоставити. Док закон „ћутање“ управе која је дужна да исти примењује понекад толерише, ћутање нас који тај закон треба да бранимо и штитимо, само по себи, представљало би негацију појмова уставности и законитости.

АКТИВНОСТИ

УДРУЖЕЊА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА И ЗАМЕНИКА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА СРБИЈЕ

УДРУЖЕЊЕ ТУЖИЛАЦА И ЗАМЕНИКА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије у протеклом периоду било је ангажовано у области јавних расправа, консултација и заговарања на тему измена уставног положаја јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, као и политичких притисака на рад јавног тужилаштва, унапређења сарадње полиције и јавног тужилаштва, и других тема релевантних за унапређење владавине права у Србији.

Управни одбор Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије одржао је састанак у Аранђеловцу 3. марта 2017. године.

На састанку УО се поред редовног подношења извештаја о раду Удружења, говорило и о раду Државног већа тужилаца (ДВТ). Члан ДВТ и члан УО УТС Сандра Кулезић укратко је упознала присутне са плановима и резултати-

ма рада садашњег сазива ДВТ-а. Напоменула је како је велики помак и новина у раду ДВТ-а да је унапређена транспарентност рада ДВТ-а и омогућено праћење рада преко обавештења на сајту ДВТ-а. Од самог почетка акценат је стављен на попуњавање броја заменика и осталих запослених у тужилаштвима да би се побољшали услови рада. Тим поводом урађена је Анализа потреба у јавним тужилаштвима која има за циљ утврђивање реалних потреба јавних тужилаштава у погледу потребног броја заменика јавних тужилаца и помоћног особља. Резултат су расписана два конкурса за заменике јавних тужилаца. Најављена је нова, детаљнија анализа за 2017. годину, која је кључна да би се дошло до броја људи који је потребан ради побољшања услова рада.

Лазар Лазовић, председник Удружења судијских и тужилачких помоћника представио

је Иницијативу Уставном суду Србије коју је припремило Удружење судијских и тужилачких помоћника Србије и замолило за мишљење чланове УО УТС-а. Након сажетог представљања ставова у Иницијативи, одређена је радна група која ће анализирати Иницијативу, изложити свој став и обавестити чланове УО, након чега ће бити одржана електронска седница. За чланове радне групе одређени су: Горан Илић, Лидија Комлен Николић и Драгана Пешић.

Именован је Повереник за самосталност тужилаца

Државно веће тужилаца донело је одлуку којом се заменику председника ДВТ, др Горану Илићу додељује могућност предузимања различитих мера када поступа у својству пове-

реника за самосталност тужилаца.

Циљ ове одлуке је јачање самосталности, институционалног и професионалног интегритета јавног тужилаштва и јавнотужилачке функције. Мере које повереник за самосталност може да предузме су превентивног карактера (јачање свести о значају самосталности и интегритета, сарадња са другим организацијама и дисциплинским органима), али и указивање на поступке којима се угрожава самосталност и интегритет тужилаца. Повереник за самосталност може

да обавести ДВТ и јавност о постојању политичког и другог недозвољеног утицаја на рад јавног тужилаштва.

Повереник за самосталност је нови концепт, уведен недавним изменама Пословника о раду ДВТ, и представља један од примера реализације мера из Акционог плана за поглавље 23 преговора са ЕУ.

Трећи глобални форум за удружења тужилаца: „Одговорност и етички стандарди у тужилаштву“

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије било је организатор Трећег глобалног форума за удружења тужилаца одржаног 26–27. маја 2017. године у Београду. Тема форума била је „Одговорност и етички стандарди у тужилаштву“.



Циљ конференције је да се утврди на који начин удружења тужилаца могу делотворно да допринесу јачању тужилачке одговорности и примени етичких стандарда у тужилаштву.

Поред председника Међународног удружења тужилаца, господина Герхарда Јароша, на конференцији су говорили и представници тужилачких удружења

Холандије, Португала, Мађарске, Италије, Данске, Пољске, Бразила, Канаде, Босне и Херцеговине, Републике Српске, као и стручњаци Светске банке.



Трећи глобални форум у Београду је омогућио размену праксе и искустава из других земаља у вези тужилачке одговорности, као и у области одговорности тужилаца у медијима, у управљању ресурсима (људски и финансијски ресурси), у друштвеној одговорности. Такође, одговорност је оцењена као препрека неприменим утицајима. Један од резултата конференције је и припрема модела стандарда одговорности тужилаца, који би требало да послуже као основа за дискусију у оквиру Консултативног већа европских тужилаца. Такође, на конференцији је закључено:

- да се више промовишу активности Удружења организовањем посебних састанака на годишњим конференцијама ИАП;
- да се настави континуирани рад Удружења тужилаца и између глобалних форума и годишњих конференција;
- да се омогући боља ангажованост Удружења у Извршном одбору ИАП приликом доношења одлука. Конференцију су подржали Вишедонаторски поверенички фонд за реформу правосуђа у Србији (МДТФ-ЈСС) и Мисија ОЕБС у Србији.

Удружење тужилаца Србије добило награду од Извршног одбора Међународног удружења тужилаца (ИАП)

Председник Удружења тужилаца Србије др Горан Илић примио је награду, која је Удружењу тужилаца Србије додељена као признање за остваривање циљева и

стандарда Међународног удружења тужилаца и организацију Треће глобалне конференције удружења тужилаца у Београду.



У образложењу одлуке о додели награде, Извршни одбор Међународног удружења тужилаца, поред осталог, навео је да је одлуку донео ценећи допринос Удружења јавних тужилаца Србије владавини права и заштити самосталности тужилаца у Србији. Из образложења одлуке, такође, произилази да је Међународно удружење тужилаца вредновало и активности Удружења тужилаца Србије у супротстављању покушајима да се утиче на самосталност јавног тужилаштва, наводи се у саопштењу.

Како су саопштили, признање је председнику Удружења тужилаца Србије др Горану Илићу

уручио председник Међународног удружења тужилаца (ИАП) Герхард Јарош, на свечаној церемонији у оквиру Двадесет друге годишње конференције Међународног удружења тужилаца у Пекингу.

То је друга награда коју је Удружење тужилаца Србије добило од Међународног удружења тужилаца. Прву награду Удружење је добило 2011. године на Шеснаестој годишњој конференцији Међународног удружења тужилаца.

У периоду између два броја „Тужилачке речи“, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије издало је неколико саопштења а такође, представници Удружења јавних тужилаца давали су у више наврата изјаве за медије. Саопштења и изјаве доступни су у целисти на веб страници Удружења.

Одлука Уставног суда о Правилнику о избору на прву јавнотужилачку функцију који је донело Државно веће тужилаца (ДВТ)

Уставни суд Србије прихватио је иницијативу Алумни клуба Правосудне академије за оцену уставности и законитости правилника Државног већа тужилаца о избору на прву тужилачку функцију, и до коначне одлуке блокирао конкурсе за избор нових заменика тужилаца.

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца саопштило је да се одлука Уставног суда да до коначне одлуке о уставности Правилника Државног већа тужилаца блокира конкурсе за избор нових заменика тужилаца, може односити само на будуће конкурсе, али не и на постојећи који се не спроводи на основу спорног Правилника.

Учешће у консултацијама око измене Устава

На позив Министарства правде у сарадњи са Канцеларијом за сарадњу са цивилним друштвом да организације цивилног друштва и невладиног сектора учествују у консултативном процесу у вези са изменама Устава Републике Србије који се односи на правосудје, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије заједно са Комитетом правника за људска права - YUCOM и Београдским центром за људска права су изнели своје предлоге. Предлози су засновани на међународним и европским стандардима, као и на искуствима које је Удружење тужилаца стицало у контактима са међународним организацијама и професионалним удружењима других земаља. Поред изнетих предлога, потребно је уложити додатни напор да би се очувао континуитет институција, чиме

би се избегла лоша искуства из ранијег периода која су имала снажне последице, како финансијске природе, тако и последице по стабилност и поверење грађана у правосудни систем.

На округлом столу о надлежности Високог савета судства и Државног већа тужилаца, одржаног 26. септембра у Крагујевцу, Удружење тужилаца Србије, YUCOM и Београдски центар за људска права изнели су предлог да се Државно веће тужилаца



преименује у Тужилачки савет, у чијем саставу би било 11 чланова, од којих би седам били јавни тужиоци, а четири члана би били угледни правници са најмање 15 година искуства у струци. Представници ова три удружења навели су да у саставу ДВТ-а више не би били представници политике, односно извршне и

законодавне власти, министар правде и представник скупштине. Тај орган би бирао и главне и јавне тужиоце, а не као до сада што је само предлагао Народној скупштини кандидате за избор, а она их бирала и на тај начин коначно одлучивала о избору тужилаца.

Конференција за медије „Полазне основе за успешну реформу правосуђа“ у организацији Друштва судија Србије, Удружења јавних тужи-



лаца и заменика јавних тужилаца Србије и Центра за правосудна истраживања, одржана је 13. октобра 2017. године у Медија центру у Београду. Драгана Бољевић, председница Друштва судија Србије, Радован Лазић, председник УО Удружења тужилаца, Миодраг Мајић, председник Управног одбора Центра за правосудна истраживања, и Ненад Стефановић, члан Упра-

вног одбора Удружења тужилаца, представили су полазне основе за



расправу о изменама Устава Србије и за уставну реформу правосуђа. Члан УО УТС Ненад Стефановић навео је да правосуђе треба да буде заштитник интереса грађана, а не власти. Правосуђе треба да буде гарант владавине права, људских права и грађанских слобода, а уставне гаранције независности судства и самосталности тужилаштва треба ојачати, а да политика треба да буде искључена из избора и напредовања судија и тужилаца, као и да буде искључена из функционисања правосуђа и правосудних савета. Том приликом је најављено да ће се заједно са партнерима из цивилног друштва организовати јавне расправе о уставним изменама са представницима правосуђа и грађанима и

позвали су законодавну и извршну власт да о изменама Устава отворено дебатују.

Министарка правде Нела Кубуровић најавила је да ће конкретна решења за измену Устава бити позната почетком 2018. године, после чега ће Нацрт бити послат Венецијанској комисији. Тако би Србија могла да добије измењени Устав у другој половини наредне године.

Све актуелне теме које се тичу рада Удружења и ставова које Удружење тужилаца Србије има, могу се пратити на нашој интернет страници www.uts.org.rs, која се редовно ажурира.

ПРОЈКТНЕ АКТИВНОСТИ

„Грађанско друштво и правосуђе: ка више транспарентности и борбе против корупције у јавној потрошњи“

Топлички центар за демократију и људска права заједно са Удру-

жењем тужилаца Србије и Ужичким центром за људска права и демократију реализује пројекат „Грађанско друштво и правосуђе: ка више транспарентности и борбе против корупције у јавној потрошњи“, чију је реализацију подржала Делегација Европске уније у Србији кроз програм Европска иницијатива за демократију и људска права.

Удружење тужилаца Србије је организовало четири дводневне обуке за тужиоце и судије на тему законских питања, транспарентности и корупције у јавној потрошњи. Предавачи на тренинзима су били: професор Мирослав Прокопијевић са Института за европске студије који је говорио на тему „Државне помоћи – облици, проблеми, осетљива питања и случајеви“; др Владимир Васиљев, саветник за јавно-приватно партнерство је говорио је на тему „Законском оквиру за јавно-приватна партнерства у Србији – осетљива питања“; Саша Варинац, адвокат представио је систем јавних набавки

у Републици Србији и говорио је о коруптивним ризицима у систему јавних набавки; правни саветник Зоран Срећић је говорио о међународним билатералним инвестиционим споразумима – осетљивим питањима, примерима, коруптивним и другим ризицима.

Тренинзи су обухватили четири апелациона центра Ниш, Крагујевац, Шабац и Аранђеловац.

Од 3. до 4. фебруара одржан је тренинг у Нишу, на коме је учествовало 29 тужилаца и судија из Ниша, Прокупља, Враћа, Неготина, Владичиног Хана, Лебана, Лесковца и Зајечара.



Тренинг у Крагујевцу је одржан 11. и 12. фебруара 2017. године на коме је учествовало 28 тужилаца и судија из Крагујевца, Крушевца, Деспотовца, Јагодине,

Пријепоља, Чачка, Ужица, Пожаревца, Параћина и Великог Градишта.



Трећи тренинг одржан је 24-25. фебруара 2017. године у Шапцу, на коме је присуствовало 34 тужилаца и судија из Београда, Лазаревца, Шабца, Вршца, Лознице, Панчева и Новог Сада.



Последњи тренинг за тужиоце и судије одржан је у Аранђеловцу 3. и 4. марта 2017. године на коме је присуствовало 49 учесника из судова и тужилаштва из Београда, Новог Сада, Ниша, Младеновца, Јагодине, Прокупља, Суботице, Ужица, Параћина, Ваљева и Враћа.



Пројекат предвиђа унапређење знања тужилаца и кроз објављивање Водича за тужиоце о јавној потрошњи.

У оквиру пројекта припрема се и публикација која ће обухватити све четири теме и приближити их јавним тужиоцима.

Тужилачка истрага на Западном Балкану – како да постанемо ефикаснији

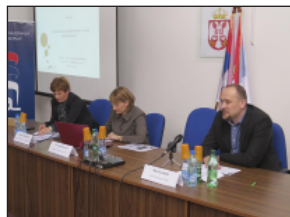
У марту месецу су одржана три округла стола у Врању, Суботици и Чачку у оквиру пројекта „Тужилачка истрага на Западном Балкану – како да постанемо ефикаснији“, који се спроводи заједно са Институтом алтернатива из Подгорице, уз подршку Амбасаде Краљевине

Холандије. На основу упитника који је усклађен са предлозима представника тужилаштва и полиције, Центар за слободне изборе и демократију (ЦеСИД) спровео је анкетање у 50 градова у коме се налазе тужилаштва и на основу тога сачињен је извештај. Извештај су представили Иво Чоловић, програмски директор ЦеСИД-а, и Светлана Ненадић, изборни члан Државног већа тужилаца и члан Управног одбора УТС.

На округлим столовима представници тужилаштва и полиције имали су прилику да се упознају са резултатима истраживања где је посебна пажња посвећена питањима у којима су суочени ставови тужилава и полиције, а која се односе на питања тужилачке истраге, њене примене, предности и мане у односу на судијску истрагу у Србији. Округли столови који су организовани ради представљања резултата истраживања били су добар показатељ веродостојности истраживања. У дискусији која је уследила

презентацији, тужиоци и полицајци су давали аргументе којима потврђују тврдње изнете у истраживањима, поткрепљујући их примерима из свакодневног рада.

Округлом столу који је одржан 07. марта 2017. године у Врању, присуствовало је 32 представника тужилаштва и полиције из Врања, Куршумлије, Лебана, Ниша и Лесковаца.



У Суботици, 14. марта 2017. године, присуствовало је 20 представника тужилаштва и полиције са подручја Суботице, Сомбора, Новог Сада и Руме.



У Чачку, 17. марта 2017. године, присуствовало је 22 представника ту-

жилаштва и полиције са подручја Чачка, Краљева, Пожеге и Ужица.



Упитник за истраживање у Србији припреман је у сарадњи и уз консултације са колегама из Црне Горе, имајући у виду да је тужилачка истрага у Црној Гори почела да се примењује две године пре него у Србији. Такође, препоруке које ће се заговарати произлазе из заједничких ставова колега из Србије и Црне Горе. Наиме, показало се да се реформе у региону спроводe на сличан начин и да је потребно учити од колега из региона, како би се утврдиле добре праксе, као и недостаци.

Током расправа издвојило се пар закључака. Првенствено, тужиоци и судије нису задовољни новим ЗКП-ом и њиховим постојећим односом. Обе стране показују висок степен разумевања за проблеме

друге стране и може се уочити висок степен консензуса о томе да је једино исправно решење стављање криминалистичке полиције „под капу“ тужилаштва. Такође, сви су недвосмислено исказали потребу за новим обукама и потребама измене ЗКП-а у циљу ефикаснијег и квалитетнијег поступања.

Након резултата националних истраживања и дискусија организованих се размена регионалних искустава на конференцији која ће се одржати од 20. до 22. октобра у Будви, како би се упоредио прогрес и начини превазилажења препрека у примени тужилачке истраге.

Заштита приватности и претпоставке невиности у медијима

Удружење јавних тужиоца и заменика јавних тужиоца је заједно са Партнерима за демократске промене, а уз подршку Фондације за отворено друштво, спровео је пројекат



„Заштита приватности и претпоставке невиности у медијима”. У оквиру пројекта формирана је радна група јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца која је израдила план заштите података у јавним тужилаштвима и унапређења комуникације јавних тужилашта са јавношћу. Завршна конференција, одржана 19. април 2017. године у Медија центру, имала је за циљ да стручну и заинтересовану јавност упозна са оствареним резултатима и укаже на потребу унапређења стања у наведеним областима. На конференцији су испред Удружења учествовали др Горан Илић, председник УТС, Радован Лазић, председник УО УТС, Светлана Ненадић члан УО УТС и др Марина Матић Бошковић, потпредсеница Програмског савета УТС, који су представили препоруке и смернице

за унапређење комуникације јавних тужилашта са јавношћу и унапређење мера заштите података о личности у јавним тужилаштвима, док су студенти и предавачи са Одсека за медијске студије Филозофског факултета Универзитета у Новом Саду представили резултате мониторинга медијских садржаја и неке од најупечатљивих случајева кршења права на приватност и претпоставку невиности које су анализирали у оквиру пројекта.

Улога полиције у истрази и утицај на руководећу улогу тужилаца

У оквиру пројекта „Улога полиције у истрази и утицај на руководећу улогу тужиоца“, Удружење тужилаца Србије је организовало два округла стола на тему „Процена политичког утицаја на вођење истраге“.

На тему Политичког утицаја на вођење истраге, учесници оба округла стола су

имали прилике да чују мишљење и ставове др Горана Илића, председника Удружења тужилаца Србије и заменика председника Државног већа тужилаца, Светлану Ненадић, члана Управног одбора Удружења тужилаца Србије и изборног члана Државног већа тужилаца, као и Радована Лазића, председника Управног одбора и изборног члана Државног већа тужилаца.

Округлом столу у Новом Саду, организованом 19. јула 2017. године, присуствовало је 15 представника тужилашта са подручја Новог Сада, Руме, Суботице и Врбаса.



На округлом столу у Ваљевоу 20. јула 2017. године присуствовало је 20 представника тужилаштва са подручја Ваљево, Шабца, Уба и Мионице.



Имајући у виду значај вођења ефикасног и правичног поступка за грађане Србије, Удружење тужилаца Србије сматра да је неопходно да се спроведе процена политичког утицаја на вођење истрага, што је и циљ округлих столова да тужиоци кроз размену својих искустава утврде да ли је тужилачка истрага остварила сврху и циљ због које је уведена или је на овај начин угрожена независност вођења кривичног поступка, тако што се отвара могућност за непримерене утицаје на рад јавних тужилаца. Такве врсте расправа омогућавају да јавни тужиоци отворено разговарају о својим ставовима у одређеним областима, проблемима и изазовима у пракси.

18. августа 2017. године у Народној скупштини одржан је радни састанак Радне групе НКЕУ за Поглавље 23

поводом представљања другог извештаја о спровођењу Акционог плана за Поглавље 23. Први панел био је посвећен напретку који је остварен у имплементацији мера предвиђених Акционим планом у другом кварталу 2017. године. На другом панелу раправљало се о предлозима за измене Устава, као једном од мера из АП, као и уставном положају тужилаштва и изазовима у сарадњи полиције и јавног тужилаштва.

За одговорност и транспарентност рада јавног тужилаштва

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, уз подршку Фондације за отворено друштво, започело је реализацију пројекта чији је општи циљ унапређење одговорности и уједначавање примене права на приступ информацијама од јавног значаја у јавним тужилаштвима у Србији. Овај општи циљ је повезан и са

повећањем транспарентности рада јавног тужилаштва, а са тим у вези и повећањем одговорности јавних тужилаца.

Удружење тужилаца планира да у сарадњи са колегама из иностранства припреми упитник за интервју, на основу којег би се организовали разговори са носиоцима јавнотужилачке функције, како би се утврдили начини на који се утиче на рад тужилаца. Након прикупљених одговора кроз интервјуе, организовале би се две фокус групе како би се проверили налази добијени кроз интервјуе и дискутовале препоруке које ће Удружење тужилаца припремити.

Извештај са налазима интервјуа и фокус група биће представљен на завршном догађају у медија центру, а биће објављен и на интернет страници Удружења тужилаца.

Удружење ће активно учествовати у дискусијама и указивати на недостатке како процеса измена Устава, тако и предложених одредби, даваће саопштења за штампу и медије и по потреби

укључити колеге из МЕ-ДЕЛ-а и ИАП-а.

Планирано је да се у сарадњи са Повереником за приступ информацијама од јавног значаја припреми анализа поступања јавних тужилаштва по захтевима за приступ информацијама од јавног значаја. Анализа ће се спровести по унапред припремљеном упитнику.

Организоваће се три округла стола и то ће представљати прилику да се јавности представе ставови Удружења по ова три кључна питања, као и да се стручна јавност позове да узме учешћа у значајним процесима као што су промене Устава, односно доношење међународних стандарда, дискутовање о непримерним утицајима.

Такође од пројектних активности је планирано да Радна група Удружења јавних тужилаца и представника Повереника ће израдити Водич за правилну примену Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја прилагођену јавним тужиоцима, са примерима добре и лоше праксе,

обрасцима аката, као и ставовима Повереника у односу на најзначајнија питања.

Радна група Удружења тужилаца ће припремити и модел интерног акта за обавезно поступање јавних тужилаца по захтевима за слободан приступ информацијама од јавног значаја, који ће да обухвати интерну процедуру од тренутка пријема захтева у тужилаштво, начина завођења захтева, начина поступања и одлучивања, па до тренутка доношења одлуке о захтеву и експедовања одлуке.

Представљање резултата пројекта широј јавности, реализоваће се у форми конференције у Медија центру на крају пројекта.

Примена начела опортунитета – филтер функција тужилаштва

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, у сарадњи са Мисијом ОЕБС-а, започело је пројекат чији је општи

циљ да се унапреде капацитети тужилаца у примену начела опортунитета, као и да се идентификују стратегије у ублажавању негативног мишљења јавности о примени начела опортунитета. Посебан циљ пројекта је усмерен на боље разумевање примене начела опортунитета кроз постојећу примену у одређеним тужилаштвима, према одређеним стандардима за спровођење, за које врсте кривичних дела се примењује, врсте мера које су изречене, како утиче на појаву рецидива, колико су жртве упознате са применом начела опортунитета у њиховом конкретном случају, како се користе фондови у које одлази прикупљен новац од примене начела опортунитета.

Јавним тужилаштвима су достављени упитници, како би се на узорку од 12 тужилаштава из 4 апелационог округа, за период од претходне три године (2014, 2015, 2016), прикупили подаци о примени начела опортунитета, најчешће изреченим мерама, као и за која кривична дела.

Након прикупљених података кроз упитнике, биће организоване две фокус групе како би се проверили добијени подаци и дискутовале препоруке које ће Удружење тужилаца припремити.

Извештај са резултатима истраживања и препорукама фокус групе биће објављени у часопису „Тужилачка реч“ и на интернет страници Удружења тужилаца Србије.

Пораст транспарентности, укључености и одговорности у процесу реизбора - Албанија

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије учествује на пројекту Пораст транспарентности, укључености и одговорности у процесу реизбора чији је носилац Албански хелсиншки комитет. Пројекат је подржан од стране Фондације за отворено друштво. Циљ пројекта је да се колегама из Албанског хелсиншког комитета пренесу искуства из Србије, током процеса реизбора,

као и да се дају препоруке за спровођење мониторинга процеса реизбора у Албанији.

Унапређење механизма одговорности у јавним финансијама

Захваљујући подршци УНДП (Програм Уједињених нација за развој) у оквиру пројекта „Унапређење механизма одговорности у јавним финансијама“ биће одржан округли сто у Врњачкој бањи 27. октобра 2017. године на коме ће бити обрађене теме као што су корупција у јавним набавкама, финансијске истраге и Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, тероризма и корупције – да ли ће мере предвиђене тим Законом допринети у борби против корупције. Биће припремљене препоруке које ће бити објављене на сајту Удружења.

Како реформисати у оквиру опште у Србији и сходно „преговарачког“

др МИЛАН ШКУЛИЋ
судија Уставног суда Србије,
редовни професор
Правног факултета
Универзитета у Београду

1. Уводна разматрања

Није сасвим уобичајено да у наслову научног и стручног текста, или у његовом поднаслову, стоји *знак питања*, као што је то случај са насловом овог рада.

Чему и зашто знак питања? Баш зато да би се истакао одговор садржан већ у самом питању, које је практично „реторског“ или „реторичког“ карактера, а то је да реформе које још увек трају, а очигледно је да трају, подразумевају да ни процес реформисања српског кривичног процесног законодавства, не само да није завршен, већ по свему судећи није ни близу краја.¹

Могли бисмо да парафразирамо Черчила (додуше у односу на ипак много озбиљније питање „тајминга“ за победу у Другом светском рату), те да се запитамо и да ли је на видiku „почетак краја“ реформе српског позитивног кривичног процесног права? Одговор на то

¹ Више о томе: М.Шкулић, *Реформа кривичног процесног законодавства Србије и поглавље 23 (неопходност наставка рада на реформи или завршени процес реформе?)*, традиционално саветовање Удружења за кривичноправну теорију и праксу Србије, Златибор, септембар, 2017. Овај рад је скраћена и прилагођена верзија текста објављеног на саветовању на Златибору.

питање свакако није сасвим извесно, али чини се да је негативан, што је у овом случају вероватно добро...

2. Циљ реформисања кривичног поступка Србије – да ли се тежи само и искључиво бржем кривичном поступку или је циљ правичан кривични поступак

У пракси се, а нарочито када кривични поступак, тј. његову конструкцију и актуелна законска решења, или пак када се ради о конкретним случајевима (што је иначе, нарочито опасно), лаички оцењују одређене политичке фигуре, ефикасност поистовећује са брзином кривичног поступка, а чак понекад и са његовим коначним исходом. Тако је, на пример, за неке сваки иоле дужи кривични поступак аутоматски неефикасан, док је за друге (што представља пример изразито наопаког погледа на циљ кривичног поступка), основни показатељ да је кривични поступак неефикасан то што он у недовољној мери резултира правноснажним осуђујућим пресудама.

Наравно да кривични поступак не сме да траје предуго, али се

кривични поступак правне реформе захтевима из Поглавља 23

брзина сама по себи не сме ни априорно, механички и крајње упрошћено поистовећивати са ефикасним кривичним поступком. Нису исто *брз* и *ефикасан* кривични поступак.

Брзина кривичног поступка је релативна категорија. Важно је да кривични поступак не траје више него што је то објективно потребно, а фактичка је ствар о ком се времену ради у сваком конкретном случају. Колико ће конкретни поступак трајати зависи од низа фактора, попут сложености доказног материјала, броја оптужених, евентуалних промена у саставу судског већа (које су некада неизбежне) и читавог низа других елемената који одређени случај чине мање или више сложеним или, напротив, релативно једноставним итд.

Конечно, неко довољно циничан могао би врло лако формулисати одређена крајње „ефикасна“ нормативна решења којима би се кривични поступак учинио максимално брзим. На пример, било би довољно да се укине жалба против пресуде (што би, наравно, било и противуставно)² или чак да се

2 Додуше, „на трагу“ оваквог резонувања је и својеврсна „осакаћеност“ разлога за жалбу против пресуде другостепеног суда

(што је уведено новелама ЗКП-а из 2009. године) и што су наравно здушно задржали и творци ЗКП-а из 2011. године. За разлику од некада постојећих више разлога за жалбу против пресуде другостепеног суда, сада је (од новела ЗКП-а из 2009. године), такав редовни правни лек могуће уложити само ако се ради о случају преиначења на горе у другостепеном поступку и то искључиво, уколико је на горе за окривљеног (погоршање положаја окривљеног), *промењена врста пресуде*, тако што је уместо ослобађајуће, донесена осуђујућа пресуда. У пракси *ово може бити прилично неправично* и суштински нелогично, ако је на пример, у првостепеном поступку изречена мера упозорења, тј. судска опомена или условна оуда, а затим та судска одлука од стране другостепеног суда преиначена у осуђујућу пресуду којом је изречена безусловна казна затвора.

Такође, није логично ни да се жалба у трећем степену не може уложити против пресуде другостепеног суда, која је донесена, након што је другостепени суд одржао претрес, јер је првостепена пресуда већ једанпут била укинута. Ово је нелогично, јер се ту практично, ради о сасвим новој (уколико је у питању потпуно другачије чињенично стање утврђено у другостепеном поступку) или макар битно новој одлуци (када се само делимично промени чињенично стање извођењем доказа од стране другостепеног суда на претресу који је сам одржао), па би постојање могућности за жалбу у трећем степену, свакако имало пуно оправдање. Против пресуде другостепеног суда дозвољена је жалба суду који одлучује у трећем степену само у једном

уведе „преки суд“ који је свакако „најбржи могући суд“ и сл. Наравно, то није могуће у демократској правној држави, али држава која се одликује владавином права мора развијати и свест да брзина поступка, а нарочито кривичног поступка, који је по дефиницији изузетно значајан за људска права и слободу, сама по себи није циљ ради чијег се остварења могу и смеју користити баш сва средства.

3. Да ли је нови Законик о кривичном поступку сегмент „хода“ Србије ка чланству у Европској унији?

У једном предговору уз текст Законика о кривичном поступку Србије, који као да је својеврсни „манифест“ наше кривичнопроцесне реформе, наводи се: „Као чланица Савета Европе и држави која очекује кандидатуру за чланство у Европској унији, Републици Србији је био потребан модеран кривичнопроцесни законик који

случају, који се односи на одговарајућу промену *врсте пресуде* - ако је другостепени суд преиначио првостепено пресуду којом је оптужени ослобођен од оптужбе и изрекао пресуду којом се оптужени оглашава кривим (члан 463. ЗКП).

би осигурао делотворно учешће окривљеног, расправну структуру поступка, једнакост оружја на главном претресу и, по могућности, у ранијим фазама поступка и посебан положај оштећеног.”³

Невероватно је да се тако важан закон, као што је то Законик о кривичном поступку, повезује са „очекивањем кандидатуре за чланство у ЕУ”, чиме се *чисто правно питање* на изузетно вулгаран и невероватно приземан начин непосредно повезује са једним *доминантно политичким питањем*, и то питањем које је изречено у једном претежно дневнополитичком контексту, што јасно указује на свест оних који су најодговорнији за писање тог законског текста.

С друге стране, говори се о својеврсном „доприносу” новог „модерног” Законика о кривичном поступку приближавању Србије Европској унији, а не каже се да су адверзијално конструисани кривични поступци још увек (што је наравно, по нашем мишљењу веома добро), сасвим ретки у Европској унији, тј. практично их нема у државама тзв. старе Европе, попут Немачке, Аустрије, Француске итд., а типични су за „младе ЕУ државе”, као што је то на пример Румунија, односно ускоро и Хрватска, а исто важи и за „дугогодишњег ЕУ кандидата” - Македонију, као и за БиХ, која још увек није ни „официјелни ЕУ кандидат”.

Једина држава која спада у релативно развијенији део ЕУ, а

3 С.Бељански, Г.П.Илић и М.Мајић, Предговор уз текст Законика о кривичном поступку, „Службени гласник”, Београд, 2011., стр. 9.

која има изразито адверзијално конструисан кривични поступак је Италија, али иначе, италијанско кривично правосуђе у оквирима ЕУ ни у ком случају не спада у некакав „врх” у погледу квалитета, а нарочито ефикасности, па и брзине, док је с друге стране, сам италијански кривични поступак у целини далеко боље уређен него што је то постигнуто са новим Закоником о кривичном поступку Србије.

Републици Србији је *био потребан модеран кривичнопроцесни законик*, кажу аутори претходно већ цитираног Предговора.⁴ То је по својој *шупљикавости* и *празњикавости* једна невероватно „бледа” констатација и врло „јевтина” фраза, јер реч „модеран” заиста ништа не значи када се ради о Законнику о кривичном поступку, а већ сама тако рутинска и бесмислена употреба те речи очигледно указује на поприличну збрку у мислима оних који су одиграли кључну улогу у настанку новог Законика.

Зар је модеран Законик о кривичном поступку онај који обезбеђује „расправну структуру поступка” или „делотворно учешће окривљеног” итд, када је све то већ, на далеко адекватнији начин него у новом Законнику о кривичном поступку из 2011. године, постојало како и у нашем ЗКП-у из 2001. године, тако и у другим нашим знатно „старијим” закон(иц)има о кривичном поступку.

Тзв. расправна структура поступка, односно остваривање начела контрадикторности на

4 Ibidem.

главном претресу, ни у ком случају не подразумева да главни претрес треба да буде потпуно адверзијално конструисан уз максимално пасивизирање суда, као што је то учињено у новом Законнику, а по узору на амерички кривични поступак, али наравно, без пороте која постоји у том поступку, те уз омогућавање да се на таквом главном претресу сасвим широко користе докази које су у претходним фазама поступка прикупили несудски органи, тј. јавни тужилац и полиција, а што све апсолутно није могуће ни у САД. Дакле, форсира се на погрешан начин начело расправности, а истовремено се поприлично деградира начело непосредности. То је заиста веома *модерно*.

4. Реформе кривичног поступка Србије као „игре без граница” и основна обележја новог концепта кривичног поступка Србије

Реформисање кривичног поступка Србије све више добија гротескну форму отужних „игара без граница”. У СФРЈ се примењивао веома солидан ЗКП, који је више пута мењан, али без модификације основних концептуалних механизма, а на темељу тог законског текста, који је према основном концепту утемељен на Законнику о судском кривичном поступку Краљевине Југославије, устројен је и Законик о кривичном поступку из 2001. године, који је више пута новелиран, а последњи пут прилично обимно у септембру 2009. године.

У Србији је 2006. године био усвојен и потпуно нови Законик о кривичном поступку, чија је основна одлика била увођење јавно-тужилачке истраге, као и низа процесних механизма усмерених у правцу креирања услова за брже одвијање кривичног поступка, стварање већег броја алтернативна одређивању притвора итд. Након што је у два наврата одлагана примена тог Законика, у погледу којег је његов већ стартни *vacatio legis*, осим у односу на неколико важних одредби, био утврђен на годину дана, тај модерни Законик је потпуно стављен ван снаге, са образложењем да нису створени услови за његову примену.

Није спорно да је Законик о кривичном поступку из 2006. године, поред читавог низа добрих решења, садржавао и нека не сасвим адекватна или недовољно добра нормативна решења, због чега је већ био припремљен и један законски предлог о његовом новелирању, који би га знатно побољшао. Међутим, тај ЗКП је концептуално био веома добар и што је посебно важно, он је постигао одличан баланс између захтева за иновацијом типа истраге и уопште променама у кривичној процедури којима се омогућава брже и ефикасније вођење кривичног поступка и потребе да се очувају већ традиционална и проверено добра решења наше кривичне процедуре, као што је то посебно случај, са организацијом главног претреса, те формулисањем утврђивања истине као циља кривичног поступка.

Закоником о кривичном поступку из 2006. године је први

пут у Србији уведена јавно-тужилачка истрага и то на један веома разуман начин, без штетних претеривања, каквим се већ *prima facie* одликују наопаки приступ овоме у Закоником о кривичном поступку из 2011. године.

Истрага се у Закоником о кривичном поступку из 2006. године одликовала давањем значајних овлашћења и истражном судији у тој истрази коју он иначе није водио и која се покретала одлуком јавног тужиоца, а пре свега у односу на могућност одлучивања о жалби против решења о спровођењу истраге које доноси јавни тужилац, те у погледу доношења одлука о мерама процесне принуде као што је притвор, као и у односу на одређене доказне радње (тзв. хитне судске радње, које би се вршиле у случају постојања опасности да доказне радње не би могле да се понове на главном претресу, због на пример, смрти сведока или оштећеног и сл.), у погледу којих је јавни тужилац могао захтевати ангажман истражног судије.

Међутим, ипак не треба много жалити што ЗКП из 2006. године није у целости примењен, јер заиста нису створени сви потребни услови за његову адекватну примену, пре свега зато што јавна тужилаштва нису ни кадровски ни технички била спремна да на себе преузму терет вођења истраге, док је, с друге стране, тај Законик био изложен тешким нападима од стране дела стручне јавности и посебно адвокатури, што је по правилу чињено без јаких аргумената и више у виду примитивне пропаганде и паушалних необразложених или

веома слабо образложених критика. Таква атмосфера једноставно није била погодна за примену овог Законика, па и због тога није лоше што до његове потпуне примене никада није дошло.

Интересантно је да се код нас понекад чују и сасвим неаргументоване тврдње да су неке промене у позитивном ЗКП-у из 2001. године, које се, што аргументовано, што неаргументовано, критикују, произиле из коришћења решења садржаних у Закоником о кривичном поступку из 2006. године. То углавном није тачно. Додуше, нека решења из тог Законика су коришћена, попут оних веома позитивних, као што је могућност проширења одређених ограничења личне слободе, као ефикасне замене за притвор, као свакако најрепресивнију меру процесне принуде, могућност комбиновања таквих мера са јемством итд..

С друге стране, не треба заборавити да су према одредбама Законика из 2006. постојала *три ванредна правна лека*, а да је у ствари и *четврти* некада постојећи ванредни правни лек – захтев за испитивање законитости правноснажне пресуде, био у највећем делу садржан у оквиру захтева за заштиту законитости, те да је тај Законик омогућавао улагање жалбе против пресуде другостепеног суда у чак *четири случаја*. Таква је жалба била могућа, како из свих оних разлога који су и иначе (пре последњих промена), били основ за жалбу у трећем степену, тако и *увек* када је другостепени суд након два укидања првостепене пресуде, *сам својом пресудом*

одлучио о предмету кривичног поступка.⁵

Одређени утицај је ЗКП из 2006. године остварио и на ЗКП из 2011. године, попут на пример увођења термина „доказне радње“, односно „посебне доказне радње“, као и у односу на садржај неких од тих радњи, у односу на мере за обезбеђење присуства окривљеног, у погледу неких елемената споразума о признању кривике итд., али је генерално разлика између ова два текста веома велика, а нарочито у концептуалном смислу, у погледу којих ЗКП из 2011. године садржи две капиталне аномалије, које жестоко контраминирају и потпуно упропашћују целокупан законски текст, а то су:

- 1) девалвација начела истине и
- 2) потпуно адверзијална конструкција главног претреса уз драстично минимизирање улоге кривичног суда.⁶

У суштини су основна питања реформе кривичног поступка Србије сведена на проблематику *типа истраге и конструкције главног претреса*, посебно у вези улоге суда у доказном поступку, те проблематике примарно страначког или судског извођења доказа, али и на веома важно питање (*не*) *постојања начела истине у кривичном поступку*.

5 Жалба против пресуде другостепеног суда је новелама из 2009. године и драстичним, те суштински углавном неоправданим, жестоким редуковањем жалбених разлога, практично „осакаћена“, а исто веома лоше решење садржи и ЗКП-а из 2011. године.

6 Више о томе: М.Шкулић, *Начело правичног вођења кривичног поступка и начело истине у кривичном поступку*, „Правни живот“, број 9, Том I, Београд, 2010., стр. 587 – 611.

4. Лимитирано начело истине у Законику о кривичном поступку и неки примери из упоредног права

Законодавац више не утврђује начело истине на начин на који је то начело до сада постојало у нашем кривичном поступку. Суд више нема дужност да утврђује истину и начелно се чини доказно релативно неактивним, односно таква је очигледно била интенција законодавца, али је питање да ли је то постигнуто на консеквентан начин, те како ће се у пракси суд односити у односу на утврђивање чињеничног стања на којем треба да заснује своју одлуку о предмету кривичног поступка.⁷ Иначе, чак и

7 Дужност суда да у кривичном поступку утврди истину, односно *тежи* њеном утврђивању, би пре свега, морала да буде моралног и етичког карактера. Само када је потпуно уверен у истинитост утврђеног чињеничног стања, кривични суд би могао да „мирне савести“ остварује своје *право кажњавања (ius puniendi)*, онда када изриче одређену кривичну санкцију (што је право које у правној држави припада једино суду), или када обрнуто, у одговарајућој процесној форми (као што је то на пример, ослобађајућа пресуда), констатује да у конкретном случају нема услова за манифестовање таквог „ексклузивног“ права суда.

Кривични суд и неки други важни извори права суштински и непосредно усмеравају ка утврђивању истине, а друга је ствар, што се то донекле дезавуише правилима важећег Законика о кривичном поступку, који значајним лимитирањем могућности суда да и мимо страначке иницијативе, сопственом доказном активношћу утврђује чињенично стање, суду објективно поприлично „везују руке“, иако као што је претходно објашњено, самим тим што оставља могућност за побијање пресуде жалбом и због погрешно или непотпуно утврђеног

кривични поступци у нашем окружењу који су битно модификовани последњих година и где је главни претрес у великој мери адверзијалног карактера, ипак још увек познају начело истине, схваћено и као *начело утврђивања материјалне истине*⁸.

Докази се прикупљају и изводе у складу са Закоником о кривичном поступку, а *терет доказивања оптужбе је на тужиоцу*.⁹ Из овог

чињеничног стања (што је у ствари, само други израз за *неистину*), законодавац имплицитно задржава начело истине у лимитираном виду. То значи да се суду сходно правилима важећег Законика о кривичном поступку не даје довољно „простора“, односно реалних процесних могућности да увек и у објективно могућој мери, утврди потпуно и тачно чињенично стање, што се своди на *установљавање истине у кривичном поступку*, док самог судију други прописи још увек стриктно обавезују да се руководи начелом истине.

Тако, према одредби члана 53 став 1 *Закона о судијама*, пре ступања на функцију, *судија полаже заклетву* пред председником Народне скупштине, а текст судијске заклетве гласи: „*Заклињем се својом чашиу да ћу своју функцију вршити верно Уставу и закону, по најбољем знању и умећу и служити само истини и правди*“ (члан 54 ЗС). Дакле, судија се и формално, чак у једном изразито симболичком и свечаном облику, изричито *обавезује* да служи истини. Више о томе: М.Шкулић, *Кривично процесно право*, десето измењено и допуњено издање, Правни факултет Универзитета у Београду и „Досије“, Београд, 2017., стр. 83 – 84.

8 Више о томе: Н.Матовски, Г.Лажетић-Бужаровска и Г.Калајџић, *Казнено процесно право*, 2, измењено и допуњено издање, „Академик“ Скопље, 2011. стр. 50.

9 У току јавне расправе о Нацрту новог ЗКП-а, као и касније, када је већ донесен нови Законик, неки чланови радне групе која је учествовала у писању тог текста су у више наврата истицали да се решењима садржаним у новом ЗКП-у, превазилази некакав садашњи, односно некадашњи „проблем“,



би произишло да ће сам тужилац изводити доказе у прилог своје оптужбе, те да се у то неће упуштати кривични суд. Међутим, следећа законска одредба ипак омогућава да и суд изводи доказе, али само ако у погледу тога постоји одговарајућа страначка иницијатива. Суд изводи доказе *на предлог странака*.

Питање је да ли суд уопште може извести било који доказ, ако то не предложи странка, а такође је питање и зашто би странка предлагала да суд изведе неки доказ, уместо да сама то учини. Такође није јасно ни да ли је суд у сваком случају дужан да изведе доказ који предложи странка. Чини се да суд ипак нема такву дужност, јер није прописана никаква консеквенца за одбијање таквог предлога, нити постоји процесни механизам којим би се суд „принудио“ да поступи у складу са страначком доказном иницијативом. Коначно, доказни предлог странке може бити и априорно сасвим бесмислен или чак немогућ, па није логично да се сматра да суд свакако мора извести сваки доказ који је странка предложила.

који се своди на дужност суда да „подржава“ или „подупире“, оптужницу, јер се сада то коначно, „пребацује“ на тужиоца. Заиста, *невероватна констатација*.

Ван памети је да било који судија у кривичном поступку „подржава“ или „подупире“ оптужницу, јер би се таквим поступањем судија грубо оглушио о своју дужност непристрасног поступања. Тиме што судија према Законнику о кривичном поступку из 2001. године (а тако је код нас било деценијама), има(о) дужност утврђивања истине, он не само да нема, односно није имао дужност било каквог „стајања на страну тужиоца“, већ судија то никако не би ни смео чинити.

Начелно се доказна иницијатива суда ограничава на издавање налога конкретної странци. Суд може *дати налог странци* да предложи допунске доказе или изузетно сам одредити да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано распрасио. Иако се овде не говори о потреби утврђивања *истине*, свестрано расправљање предмета се своди на утврђивање потпуног и тачног чињеничног стања, а то је у ствари истинито чињенично стање, наравно уз сва она и иначе, постојећа фактичка и формална ограничења везана за утврђивање истине у кривичном поступку. С друге стране, овде се ради само о „налогу“ странци, сам суд се не „овлашћује“ да изводи доказе. Суд може доказ извести једино ако то предложи странка, што суд странци може сугерисати, али је практично не може „принудити“ на такав доказни предлог. И ако суд нареди извођење одређених доказа, то подразумева да ће доказе извести одређена странка, а не сам суд, јер се суд не може доказно активирати ако странка то није предложила. Није прописана било каква процесна консеквенца за одбијање странке да испуни налог суда. Ради се стога о поприлично нелогичној и непотпуној норми.

Овакво доказно лимитирање доказне улоге суда ипак није консеквентно спроведено, па тако, на пример, суд има могућност да активно учествује у испитивању сведока на главном претресу, те својим питањима може да се

„умеша“ било у основно, било у унакрсно или допунско испитивање сведока,¹⁰ без обзира што те видове испитивања примарно спроводе странке, односно друга лица која поступају у оквирима страначких функција, као што су бранилац у оквиру функције одбране, односно пуномоћник оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца.¹¹

Може се претпоставити да ће у пракси кривични суд ипак *тежити* да колико је могуће, па можда и мимо стриктних законских правила, тежи истини или чак покуша да утврди истину у кривичном поступку, јер се, као и раније, и у одредбама новог Законика омогућава подношење жалбе и због *погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања*, а шта је друго – погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање него *неистина*, односно *неистинито утврђено чињенично стање*. Како суд „одговара“ за своју пресуду, он је начелно заинтересован да она опстане у евентуалном жалбеном

10 Више о томе: В.Делибашић, *Унакрсно испитивање - правила и изазови*, „Журнал за криминалистику и право“, број 1, Београд, 2014, стр. 69-84 и В.Делибашић, *Унакрсно испитивање у кривичном процесном праву Србије*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С.Бејатовић и И.Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015., стр. 218 – 229. .

11 Више о томе: М.Шкулић, *Докази и доказни поступак на главном претресу*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С.Бејатовић и И.Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015., стр. 193 – 217.

поступку, те ће и због тога, по логици ствари, тежити да се у кривичном поступку утврди потпуно и тачно чињенично стање, односно да се другим речима казано – утврди истина. Стога ће, ако не формално, онда макар фактички, у нашем кривичном поступку и даље у пракси деловати начело истине, али сада на битно лимитиран начин.

У континенталној Европи, суд је, по правилу, суверени и неприкосновени „господар“ доказног поступка, без обзира на то што странке располажу одговарајућом доказном иницијативом, те у одређеној мери могу учествовати и у извођењу доказа. То је најтипичније у Немачкој и у другим државама чији су нам правни системи традиционално служили као узор.¹² Слично је и у Аустрији, која је типична и интересантна и по томе што је, такође, однедавно увела систем државно-туžilачке истраге, али, наравно, није прихватила и потпуно адверзијалну конструкцију главног претреса, нити је у свом новом законнику о кривичном поступку елиминисала начело истине.¹³

Када је реч о државама некадашње Југославије, дуго је највернија традиција СФРЈ у погледу кривичног поступка остала Словенија, у којој је, иако су уведене значајне измене „претходног поступка“, начело истине формулисано на класичан континентал-

12 Више о томе: С. Roxin и В. Schönemann, *Strafverfahrensrecht*, 26. Auflage, „Verlag C. H. Beck“, München, 2009, стр. 78.

13 Више о томе: S. Seiler, *Strafprozessrecht*, 10. überarbeitete Auflage, „Facultas.wuv“, Wien, 2009, стр. 31 – 34.

но-европски начин, а тек од недавно постоји могућност страначког споразумевања.¹⁴

У Црној Гори је новим Законом о кривичном поступку из 2009. године, уведена државно-туžilачка истрага, али је главни претрес, уз један виши степен „адверзијализације“,¹⁵ у основи уређен слично као и раније. У ЗКП-у ЦГ је такође, начело истине формулисано веома слично некадашњем традиционалном југословенском решењу, односно на класичан континентално-европски начин, али и уз повезивање са елементима начела правичности, тако што је у члану 16 став 1, прописано да су суд, државни тужилац и други државни органи који учествују у кривичном поступку дужни да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите и правичне одлуке, као и да с једнаком пажњом испитују и утврде чињенице које терете окривљеног и оне које му иду у корист.¹⁶

14 Више о томе: З.Фишер, *Тужилац као субјекат главног претреса – словеначко законодавство и искуства*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С.Бејатовић и И.Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015., стр. 141 – 151.

15 Више о томе: Д.Радуловић, *Законик о кривичном поступку Црне Горе и главни претрес (основна обележја и спорна питања – теорија и пракса)*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С.Бејатовић и И.Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015., 127-138.

16 Више о томе: М.Шкулић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Министарство правде Црне Горе и ОЕБС – мисија

Интересантан је и пример Хрватске, чији је нови ЗКП прво битно лимитирао начело истине, веома слично сада важећем ЗКП-у Србије, који и иначе пуно личи на некадашњи „изворни“ текст ЗКП-а Хрватске. Потом је једном већом новелом, а у складу са „захтевима које традиционално налаже начело материјалне истине“ и то након што је претходно одлуком Уставног суда чак више од 50 чланова оглашено неуставним, у ЗКП-у Хрватске поново суду „враћена доказна иницијатива и активна улога у извођењу доказа“, што се у хрватској кривичнопроцесној теорији објашњава и констатацијом да „учинковит казни поступак подразумева утврђивање истине, али да у исто време мора бити и правичан.“¹⁷

И у БиХ, као и у Републици Српској, иако је главни претрес начелно адверзијално конструисан, постоји више могућности за активну доказну улогу суда, па између осталог и ради утврђивања истине, па је тако „у току главног претреса, онда када је то потребно за свестрано претресање предмета и утврђивање истине, извођење доказа одвија *ex officio*, а ова иницијатива суда у доказном поступку представља примену „инквизиционе или истражне максиме“, што

у Црној Гори, Подгорица, 2009., стр. 106 - 112.

17 Е.Ивчевић Карас, *Нека питања уређења расправе у хрватском казненом поступку – нормативни оквир и пракса*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С.Бејатовић и И.Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015., стр. 108.

значи да „суд није пасиван, јер му закон отвара пут да сам преузме иницијативу на прикупљање и извођење доказног материјала потребног за доношење правилне и законите пресуде.“¹⁸

Потпуно је нетачно и да адверзијална конструкција главног претреса подразумева лимитирање или елиминисање начела истине, исто као што није тачно да тужилачка истрага подразумева адверзијализацију главног претреса, јер, на пример, широм Европе данас постоје кривичнопроцесни систему у којима истрагу води јавни (државни) тужилац (на пример, у Немачкој и Аустрији), али је и поред тога, главни претрес конструисан на класичан европско-континентални начин, уз руководећу доказну улогу суда, који се руководи начелом истине.

Када је реч о начелу истине, у теорији се примећује: „Инквизициони и адверзијални модели кривичног поступка се не разликују много у погледу њиховог циља - *проналажење истине* – али разлика постоји у алокацији одговорности за њено достизање.“¹⁹ Овде се, имајући у виду да израз „инквизиторски“ или „инквизициони“

представља само одговарајуће „упрошћавање“ термина који се односи на „мешовити“ (типични континентално-европски) кривични поступак, инсистира на томе да је у сваком „нормалном“ и демократском кривичном поступку, без обзира да ли има потпуно адверзијалан (страначки) карактер, или је мешовите природе, *основни циљ да се утврди истина*, односно да одлука суда буде заснована на истинитим чињеницама. Друга је ствар да ли се као у типичним континентално-европским законодавствима суду ставља у задатак да извођењем релевантних доказа утврђује истину *ex officio* и мимо страначке иницијативе или је стриктно самим странкама препуштено извођење доказа, а суд се начелно доказно пасивизира. У теорији се примећује и да „начин на који се формира чињенични супстрат пресуде разликује се у зависности од поступка у коме се те чињенице утврђују“, па тако „кривични и парнични поступак дају различите одговоре“, на питања, попут тога које се чињенице утврђују, на који се начин прикупљају и изводе докази, на коме је терет доказивања итд.²⁰

Иначе, девалвација начела истине чини у извесној мери бесмисленим и нека друга кривичнопроцесна начела, која су по дефиницији повезана са деловањем начела истине, односно постојањем дужности суда да и сам по сопственој иницијативи и без страначке доказне иницијативе

изведе све потребне доказе у циљу утврђивања потпуног и тачног чињеничног стања. То се пре свега односи на начело *in dubio pro reo*, које је формално стриктно прописано у новом ЗКП-у Србије (члан 16. став 5.),²¹ али оно суштински нема смисла ако не постоји и дужност суда да утврђује истину, јер само тада суд и након што је извео све расположиве доказе, које је целио према начелу слободне оцене доказа, те сходно свом слободном уверењу може ипак остати само у сумњи, а што би онда морало деловати у корист окривљеног.

Проблем у вези са домашајем начела истине у нашем кривичном поступку постоји, јер се меша правило и неопходност да се одлука суда заснива на истинитим чињеницама, односно уверености суда у њихову истинитост, са постојањем или непостојањем дужности суда да *истражује* истину, односно да и мимо страначке иницијативе изводи доказе који су потребни за утврђивање потпуног и тачног чињеничног стања. Када је суд апсолутно доказно неактиван, он само може вредновати доказе које су извеле странке, те стећи или не стећи уверење у њихову истинитост, али нема сам могућност да изводи доказе који су потребни да би он, као такав, утврдио истину. Само онда када суд има могућност да буде доказно активан, он и може заиста утврђивати истину, али то тада може бити супростављено правилу о терету доказивања, које је, када је у питању оптужба, сада

18 X. Сијерчић-Чолић, *Главни претрес према законима о кривичном поступку у Босни и Херцеговини – неки теоретски и практични аспекти*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С. Бејатовић и И. Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015., 51 – 52.

19 T. Weigend, *Should We Search for the Truth, and Who Should Do it ?*, *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, Vol. 36, Number 2, Chapel Hill, 2011., стр. 414.

20 В. Бајовић, *О чињеницама и истини у кривичном поступку*, едиција *Crimen*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2015., стр. 71.

21 М. Шкулић и Т. Бугарски, *Кривично процесно право*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2015., стр. 118.

и формално стриктно дефинисано као дужност тужиоца, сходно чему тужилац и сноси ризик недоказивања. Иако је то врло сложено теоријско питање, чини се да сада, када је већ уведено правило о терету доказивања, од њега не би требало одступати, већ је потребно то правило на одговарајући начин „помирити“ са начелом истине, што се онда нужно своди на одговарајуће *лимитирано дејство начела истине*.

То значи да би начело истине требало вратити у наш кривични поступак, али тако да се тиме не ремети начелна дужност овлашћеног тужиоца да сноси терет доказивања. Тиме би, с друге стране, ипак требало омогућити активнију доказну улогу суда, када је у питању окривљени без браниоца или када је то у интересу одбране у кривичном поступку. Није потребно у самој норми наглашавати да ће суд доказно интервенисати у корист одбране и сл., већ је довољно увести могућност да суд изводи све доказе који су потребни за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, али у границама правила о томе да терет доказивања да је окривљени учинио кривично дело сноси овлашћени тужилац. С друге стране, треба стриктно прописати да се одлука суда може заснивати само на чињеницама које су истините, јер само тада има смисла постојање жалбе због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања.

Наравно, и ако би се прихватило решење по којем би суд могао/мо-рао да се доказно ангажује и активира у циљу утврђивања потпуног и тачног чињеничног стања, али

тако да то буде у границама правила о терету доказивања оптужбе који је на овлашћеном тужиоцу, у пракси би велики проблем био са процењивањем у ком правцу реално иде доказно ангажовање суда, јер суд може сматрати да би извођење одређеног доказа било у прилог одбране, али се сама одбрана са тим не мора сложити. Поред тога, питање је и какав је значај доказа које је суд извео, сматрајући да је то потребно у циљу утврђивања истине, а у прилог одбране која је доказно неактивна, а онда се покаже да је у ствари конкретан доказ користио тужиоцу. Ту нема једноставног и „чистог“ решења, а не треба заборавити ни да онда када је комплетна доказна иницијатива поверена странкама (као у типичном парничном поступку, односно у класичним адверзијалним кривичним процедурама), доказ који је извела једна странка, сматрајући да ће користити њеним страначким интересима, фактички може некада да иде у прилог другој странци. На пример, странка је предложила одређеног сведока сматрајући да ће исказ који ће сведок дати бити њој у прилог, а онда сведок да исказ који је супротан интересу странке која га је предложила.

Уколико се не жели повратак на класично начело истине у смислу давања права, али и дужности суду да увек официјелно и мимо доказних предлога странака утврђује истинито и потпуно чињенично стање (што је наравно, у пракси *questio facti*), а да се ипак (што је по нашем мишљењу неопходно), ојача доказна улога суда, могуће је још једно „компромисно“ решење.

Наиме, суду би имао право и дужност да изведе све доказе потребне за утврђивање потпуног и истинитог чињеничног стања, али тако да то буде у оквиру правила да тужилац сноси терет доказивања оптужбе, те под условом да се одбрана томе не противи.

5. Истрага у Законнику о кривичном поступку

Основне специфичности истраге у кривичном поступку Србије су:

1. Истрага је сврстана у надлежност јавног тужиоца, који је формално покреће наредбом;²²

22 Интересантно је запажање *С.Бркић*, која наводећи прво, примере низа земаља које су са судске прешле на тужилачку истрагу, те констатујући да у теоријским расправама данас доминирају становишта о предностима тужилачке истраге, док су заговорници судског модела данас ретки, потом, „сучељава“ један низ аргумената присталица судске истраге (међу којима се нарочито истичу *М.Грубач* и *Ђ.Лазин*) и аргумената у прилог тужилачкој истрази. Судска истрага се фаворизује тврдњама да је независни суд најбољи гарант људских слобода и права, да је истражни судија објективнији „истражитељ“ од јавног тужиоца, да не постоји ниједан међународноправни документ који фаворизује тужилачку истрагу, да нема емпиријских података о томе да је тужилачка истрага бржа од судске итд., док се у прилог тужилачкој истрази, наводи адекватнији начин регулисања одговорности за неефикасну истрагу, усаглашавање са „савременим компаративним кривичнопроцесним законодавством“, превазилажење кабинетског рада истражног судије, смањење могућности непотребног понављања доказа, елиминисање „дуплог посла“ у истрази и на главном претресу итд..

Ауторка коју цитирамо потом, износи свој став и наводи одређене концепцијске грешке тужилачког модела истраге

2. Против одлуке којом се покреће истрага, а то је наредба јавног тужиоца, жалба није дозвољена, што значи да је та одлука момен- том доношења, како правнос- нажна, тако и извршна;
3. Истрага се води на нивоу ре- лативно ниског степена сумње (најнижи Закоником дефинисан степен сумње), тј. онда када постоје основи сумње да је конкретно лице учинило кривич- но дело или основи сумње да је учињено кривично дело;²³

уведеног новим Закоником о кривичном поступку Србије из 2011. године, исти- чући: „Сматрамо да у овој борби аргу- мената, победу може однећи тужилачка истрага, али само под условом да су адек- ватно решена сва важна питања, која се односе на њено покретање, спровођење и окончање. Изнад свега је важно да се приликом преласка на тужилачки модел истраге води рачуна о томе да се промене- ним концептом истраге морају ускладити и све друге одредбе ЗКП. Наш ЗКП из 2011. године о томе није довољно водио рачуна. Направљено је неколико основних концепцијских грешака, од којих су најте- же две: 1) истрага се сматра делом опште кривичнопроцесне форме, иако не постоје сви основни кривичнопроцесни субјекти; 2) на доказним радњама тужиоца, па чак и полиције, може се заснивати судска пресу- да, услед чега су значајно поткопана наче- ла контрадикторности и непосредности на главном претресу.“ Више о томе: С.Бркић, *op.cit.*, стр. 83 – 85.

- 23 Као што је претходно објашњено, исти најнижи процесно релевантан степен сумње, је прописан и за вођење пред- стражног поступка, што није логично, исто као што нема логике у могућности да се онда када се обе ове „истражне“ фазе воде на нивоу истог (најнижег) степена сумње, како предистражни поступак (што би једино било оправдано), тако и истрага (што је веома чудно), могу водити и про- тив непознатог учиниоца кривичног дела.

4. Истрага се може водити како против познатог осумњиченог, тако и у погледу непознатог учи- ниоца кривичног дела;
5. Истрага се води, односно може се водити, само када се ради о кривичним делима за која се гони по службеној дужности;
6. Улога суда у истрази, тј. судије за претходни поступак, је сведе- на само на врло ограничен број радњи, као што је одлучивање о неким мерама процесне принуде (где је посебно значајан притвор као облик лишења слободе), од- носно доношење одлука које спа- дају у искључиву судску надлеж- ност, попут наредбе о претре- сању стана, других просторија и лица, а суд има могућност и да у извесној мери, делује у корист одбране у истрази те врши и неке друге, веома лимитиране функ- ције у јавно-тужилачкој истрази;
7. У истрази коју формално води јавни тужилац, одређене радње доказног карактера у корист одбране, могу спроводити и ок- ривљени, као и његов бранилац, уз дужност да о томе на одго- варајући начин обавесте јавног тужиоца;
8. Истрага није обавезни процес- ни стадијум, не само зато што се она, као и раније, не води у погледу кривичних дела која су предмет скраћеног поступка, већ и стога, што сада јавни тужилац може увек и без посебних фор- малних услова, уместо да води истрагу, подићи непосредно оп- тужницу, ако сматра (на темељу свог слободног уверења), да при- купљени подаци о кривичном делу и учиниоцу пружају довољ- но основа за оптужење.

Истрага се алтернативно покреће:

- 1) против одређеног лица за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело, када се истрага усмерава на конкретног осумњиченог;
 - 2) против непознатог учиниоца – када постоје основи сумње да је учињено кривично дело и када је циљ истраге, по логици ствари, између осталог, усмерен и на идентификовање осумњиченог.
- То значи да сходно новом Закони- ку о кривичном поступку Србије постоје *два типа истраге*: 1) и- трага која се води када је познат осумњичени и 2) истрага која се води у односу на „непознатог осумњиченог“, тј. против тзв. Н. Н. лица, односно непознатог „учиниоца“ кривичног дела, где је наравно, по логици ствари, примаран циљ да се током истра- ге открије лице коме се на нивоу основа сумње може „приписати“ кривично дело које је предмет истраге.

У истрази се прикупљају сле- дећи докази и подаци: 1) они који су потребни да би се могло одлу- чити да ли ће се подићи оптужни- ца или обуставити поступак; 2) до- кази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца, што се од- носи само на „варијанту“ истраге која се води у погледу кривичног дела са непознатим учиниоцем, тј. када се у време покретања и- траге не зна ко је осумњичени; 3) докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, као и 4) други до- кази који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с

обзиром на околности случаја, показује целисходним.

Суштински је нелогично и бесмислено да онда када је истрага страначког карактера, у њене циљеве буде сврстано и *обезбеђивање доказа*, јер то само изузетно може чинити суд у одређеном облику функционалне надлежности, попут некадашњег истражног судије или евентуално судије за истрагу, односно судије за претходни поступак и сл.

Циљ типичне јавно-тужилачке истраге би морало бити искључиво прибављање доказа потребних за подизање оптужнице или евентуално за одлуку да се одустане од кривичног гоњења, а никако не и доказа за које постоји опасност да неће моћи да се касније изведу на главном претресу и сл. Такав циљ истрага има у већини савремених кривичнопроцесних система, чак без обзира да ли се ради о англосаксонским правним системима, где је истрага претежно полицијска и неформална (таква је сврха истраге, на пример у Енглеској и Велсу, САД и Канади), или је у питању континентална Европа, као што је то случај са државно-тужилачком истрагом у Немачкој и Аустрији.²⁴

24 М.Шкулић, *Нови српски Законик о кривичном поступку као пример штетног раскида са основним принципима континентално-европског кривичнопроцесног модела*, „Копра“ – континентално право, Часопис за одржив и складан развој права, Немачка фондација за међународну правну сарадњу (IRZ), Београд, 2017., стр. 56.

6. Претерана адверзијализација главног претреса

Главни претрес представља централни стадијум кривичног поступка и он се сматра *суђењем* у ужем смислу.²⁵ Сваки савремени кривични поступак заснива се на начелу расправности, што је, пре свега, карактеристично за основну кривичнопроцесну фазу – главни претрес. Зависно од улоге коју на главном претресу има кривични суд, што се своди на степен његове процесне, а пре свега доказне активности, постоје два основна типа кривичних поступака у упоредноправном смислу: 1) европско-континентални и 2) адверзијални, који се традиционално, најчешће означава као англосаксонски. „²⁶

Понекад се упрошћено, што је посебно карактеристично за ауторе из англосаксонских правних подручја, континентално-европски систем означава као инквизиторски, а англосаксонски као акузаторски, али такво термилошко одређење у основи није коректно, јер иако континентално-европски систем садржи одређене инквизиторске елементе, он у ствари представља један мешовити систем, као што ни бројни англосаксонски системи више нису чисто акузаторског типа.

25 К. Volk, *Grundkurs StPO*, 4. Auflage, „Verlag C.H.Beck“, München, 2005, стр. 168.

26 Више о томе: М. Шкулић, „Основи упоредног кривичног процесног права и основи проблеми реформе кривичног поступка Србије“, зборник *Казнена реакција у Србији* (прир. проф. др Ђорђе Игњатовић), Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2011, стр. 54 - 125.

Већина држава континенталне Европе има мешовите кривичне поступке, са изузетком Италије, која је након последње реформе свог кривичног процесног законодавства кривични поступак уредила претежно на адверзијалним основама. Обрнуто, већина држава које припадају тзв. енглеском говорном подручју, где су најкарактеристичнији Велика Британија, односно пре свега Енглеска и Велс, као и САД, имају типичне адверзијалне кривичне поступке.

За континентално-европске кривичне поступке карактеристично је да у истрази постоје јаки инквизиторски елементи, али уз поштовање права на одбрану и у тој фази кривичног поступка. У овом типу поступка основне кривичнопроцесне функције строго су одвојене, али јавни (државни) тужилац ипак није права, односно 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, на пример, мора осим доказа који терете окривљеног прикупљати и доказе у прилог његовој одбрани, односно мора их имати у виду. Поред тога, сам суд је доказно изузетно активан, он по правилу сам изводи све доказе током суђења, уз давање мање или веће доказне улоге и самим странкама, а није ограничен доказним предлозима странака, већ има право и дужност сопствене доказне иницијативе. Наш досадашњи кривични поступак, односно кривични поступак устројен у Законик о кривичном поступку из 2001. године, слично



као и, на пример, кривични поступци Немачке и Француске, али и низа других европских држава, припадао је овом типу кривичног поступка.

За англосаксонске, односно адверзијалне (страначке) типове поступка карактеристично је да је суд у доказном смислу веома пасиван, тако да је извођење доказа у основи препуштено странкама, док се суд претежно фокусира на процену која је странка у „доказном двобоју“ пред њим била успешнија. Суђење почиње презентирањем доказа оптужбе, на које одбрана у одређеним процесним формама одговара, односно има прилику да даје одговор, да би се потом изводили докази одбране, уз могућност да на њих одговара тужилац, док суд има веома ограничене могућности током извођења доказа. Саслушање током суђења страначког је карактера, тако да одређеног сведока прво саслушава странка која га је позвала (*examination-in-chief*), а затим противстранка (*cross-examination* – унакрсно саслушање), а потом долази до поновног саслушања сведока од странке која га је позвала (*re-examination*). У суштини, типични адверзијални кривични поступци веома су слични парничном поступку, односно грађанском поступку уопште.

Начело расправности, или принцип контрадикторности, почива на познатом и већ пословичном правилу – *audiatur et altera pars*. Ово правило, које потиче још из античких времена, карактеристично је не само за кривични поступак, те друге судске поступке, већ и за читав низ веома разноврсних ситу-

ација у којима је могуће, потребно или пожељно да се манифестују различита мишљења, различити погледи у односу на неки спорни предмет или ситуацију. Такво правило је у основи и по својој дефиницији иманентно либералном и демократском друштвеном амбијенту.

Путем могућности да се у свим фазама поступка „чује“ и реч друге стране, односно да свака кривичнопроцесна странка има могућност да у одговарајућим процесним формама износи своје ставове како у односу на кривични предмет тако и у односу на сва друга питања у кривичном поступку, те посебно у погледу формално изражених ставова супротне странке, из чега истовремено произлази обавеза за суд да омогући такво расправљање кривичне ствари, остварује се и суштинска сврха кривичне процедуре – да се у свестраном расправљању о кривичном предмету, уз његово претресање, утврде све неопходне релевантне чињенице на темељу којих се кривични предмет у кривичном поступку и решава. Контрадикторност (од лат. *contra dicere* = противречити) представља могућност и право странака и обавезу суда да свакој странци обезбеди да се изјасни о сваком доказу, чињеници и сваком предлогу супротне странке (теза – антитеза), те да изложи свој став и понуди закључак, иако коначан закључак даје суд.²⁷

По логици ствари, начело контрадикторности израженије је у

адверзијалном него у типичном континентално-европском кривичном поступку, али је то са становишта уобичајеног типичног европског „погледа на циљ кривичног поступка сасвим оправдано, јер се странкама омогућава да суду дају доказне предлоге, а данас је тенденција и да им се у великој мери препушта и само извођење доказа који иду њима у прилог, али се истовремено од суда захтева да и сам, по сопственој иницијативи и без предлога странке, изводи све доказе који су потребни за потпуно и исправно утврђивање чињеничног стања. Другим речима, типичне европско-континенталне кривичне процедуре доводе у склад начело расправности и доказну ангажованост странака и начело истине у кривичном поступку, што је, по нашем мишљењу, изузетно добро са становишта остваривања интереса елементарне правичности. Од овога се потпуно одступа у Законику о кривичном поступку из 2011. године, којим се главни претрес конструише на стриктно адверзијалним основама, уз изразито минимизирање доказне улоге суда.

Велика је заблуда да је нови српски кривични поступак нека врста „америчког кривичног поступка“. Иако је наш нови тип кривичног поступка у великој мери адверзијализован, он суштински не личи много на амерички кривични поступак, већ је напротив бизарна мешаваина неких елемената тог кривичног поступка и неких изразито недемократских елемената класичног инквизиторског кривичног поступка.

27 Б. Петрић, *Приручник за примену Закона о кривичном поступку*, НО „Пословна политика“, Београд, 1985, стр. 14.

Конечно, треба имати у виду и да *потпуно адверзијални кривични поступак суштински одговара само оним системима који имају пороту*, као што је то случај у САД (а тако, наравно, није у Србији), а где је потпуно раздвојено одлучивање о кривичности у чињеничном смислу и доношење одлуке о кривичној санкцији, онда када је кривица одлуком пороте већ констатована. На пример, основна функција система основног и унакрсног страначког испитивања сведока током суђења у САД јесте да се оствари одговарајући утицај на пороту, а тако нешто губи свој смисао у српском кривичном поступку.²⁸ Наиме, у Србији, с једне стране, нема класичне пороте, а судско веће у којем доминира председник

28 Према правилима новог, тј. сада важећег Законика о кривичном поступку Србије, постоје *три вида испитивања сведока* на главном претресу: 1) основно, 2) унакрсно и 3) додатно. *Основно* је прво испитивање које обавља странка која је сведока предложила, односно која га је „прва“ предложила, док је *унакрсно* испитивање, оно које долази после основног и које предузима супротна странка и које је по логици ствари, усмерено на побијање оних елемената исказа добијеног током основног испитивања, који су негативни по супротну странку. Свака странка има безусловно право на основно испитивање сведока којег је она предложила или га је прво она предложила (уколико истог сведока предлажу обе странке). Странка такође, има безусловно право на унакрсно испитивање сведока којег је пре тога, основно испитала супротна странка. Када је реч о *додатном* испитивању сведока у погледу њега не постоји право странке на његово предузимање, већ је оно условљено одобрењем суда. Више о томе: В. Делибашић, *Унакрсно испитивање*, „Правни живот“, број 9/2013, Београд, 2013., стр. 777 – 787.

већа, који је судија професионалац, већ је добро упознато са доказима који су изведени у ранијим фазама поступка, попут истраге, јер има те списе пред собом, док се, с друге стране, исказ сведока (осим у поступцима за организовани криминал, ратне злочине и слична кривична дела, тј. кривична дела у делокругу тужилаштва посебне надлежности), не снима и не бележи дословно, већ се, као и раније, у записник уноси само „битна садржина датог исказа“. Све ово, наравно, потпуно девалвира начелну концепцију основног и унакрсног страначког испитивања сведока на главном претресу.

Кривични поступак САД суштински веома добро функционише у самим САД и он у основи сасвим одговара основној концепцији организације америчког друштва, као и очекивањима већине грађана. Тај модел кривичног поступка је и добро уклопљен у целовит правни систем, као његов важан сегмент. Дубоко је укорењен у америчкој традицији и реално омогућава прилично ефикасан обрачун са криминалитетом, а нарочито у контексту уобичајено веома строге политике кривичног санкционисања у САД. Ипак, не треба заборавити да и у самим САД постоји веома снажна критика неких традиционалних института кривичног процесног права.²⁹ Сједињених Америчких Држава,

29 Цитирани аутор (*S.Pürner* – наведено у наредној фусноти) своју анализу илуструје низом тврдњи самих америчких аутора, од којих су неки чак изразито строги у оцени квалитета америчког концепта кривичног поступка и праксе, па тако на пример, један харвардски професор (*William J. Stuntz*), у

попут за ту кривичну процедуру свакако најтипичнијег *испреговараног признања кривице (plea bargaining)*, који је у пракси често изразито неправичан у односу на типичног окривљеног.³⁰ Често се и у самим Сједињеним Америчким Државама указује да претерано коришћење „страначке нагодбе“ или испреговараног признања, тј. *plea bargaining* механизма, доводи и до случајева лажних признања, те у крајњој линији, некада и до тешких судских заблуда.

књизи веома интересантног наслова (*The Collapse of American Criminal Justice*), закључује и да је „амерички кривично-правни систем воз који је испао из шина“. Наравно, овакве оцене могу бити и претеране и као што је већ објашњено у претходном тексту, није спорно да адверзијални кривични поступак, поротни систем, па и *плеа баргинг* механизам, одговарају кривичнопроцесној традицији САД у којој су очигледно веома јако укорењени, али то такође не значи да се основни елементи тог система могу механички и буквално пренети и ефикасно применити у једној типичној континентално–европској држави, као што је Србија, која има потпуно другачију кривичнопроцесну традицију.

30 Више о томе: S.Pürner, *Заштита окривљених и оптужених у кривичном поступку у специфичним условима правне трансформације*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 70, година XIV, Ниш, 2015., стр. 338–342.

31 На пример, од када је ДНК анализа постала рутинска изузетно поуздана идентификациона и уопште доказна метода, не само да је њено коришћење допринело великом успеху у доказивању и разјашњавању кривичних дела, већ је њеном употребом, у многим државама накнадно доказан читав низ тешких судских заблуда, услед којих су невини људи били осуђивани за најтежа кривична дела. Тако је на пример, гувернер америчке државе Илиној, након што је невиност једног осуђеника на смртну казну, неспорно доказана накнадно спрове-

7. Неки проблеми који произлазе из споразума о признању кривичног дела/ споразума о сведочењу окривљеног/ осуђеног

Споразум о признању кривичног дела је нека врста „испреговараног“ и „договореног“ исхода кривичног поступка од стране странака, донекле слично установи *plea bargaining*, која постоји у америчком кривичном поступку, те се сматра једном од најупадљивијих карактеристика америчког кривичног процесног права.³² У теорији (Andreas Ransick), се иначе примећује да споразум о признању кривичног дела у САД, односно „испрего-

деном ДНК анализом, 2007. године донео одлуку да се све осуде на смртну казну у тој држави, преиначе у казне доживотног затвора, у вези чега је дао и једну легендарну јавну изјаву: „*Нашим правним системом крстари дух судске заблуде*“. У САД је такође 2007. године, извесни Вилијам Грегори из Кентакија добио 3,9 милиона долара као накнаду штете зато што је 1993. године захваљујући погрешном налазу вештака оглашен кривим за једно свршено и једно покушано силовање, због чега је у затвору провео седам година, пре него што је 2000. године, након накнадне ДНК анализе ослобођен кривице. Овај неосновано осуђени је пре него што се изборио за накнаду штете од државе, добио и 700.000 долара као накнаду штете од вештака чији је погрешан налаз довео до судске заблуде. Више о томе: J.D.Wright, *Dem Täter auf der Spur*, „Pantagon“, London, Köln, 2009, str. 92 – 93.

32 Више о томе: В. Делибашић, *Plea Agreement*, у: С. Милашиновић, Д. Симовић, Б. Симоновић (уред.), *Thematic Conference Proceedings of International Significance. Vol. 3. International Scientific Conference „Archibald Reiss Days“, Belgrade 3-4 March 2014*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд, 2014, , стр.. 263- 278.

варано признање“³³, „погођено признање“, признање као резултат *deal*-а и сл., у ствари и није „традиционалан“ процесни механизам, чак ни у САД, те се закључује да је прихватање овакваог споразума у САД „тек новија тековина, а не нешто што би представљало наслеђени саставни део англоамеричког кривичног права“.³³ Овај механизам се и у самим САД често излаже озбиљној критици, те се понекад и у тој земљи о њему пежоративно говори као о некој врсти „цењакања“. Иначе, корени кривичног поступка САД непосредно произлазе из класичног енглеског *common law* система, а он у свом примарном виду не познаје никакво споразумевање тужиоца и оптуженог о признању кривице, иако се и у Енглеској признање третира као доказ од врхунске важности (*regina probationem*), захваљујући коме се не морају изводити други или бар не сви докази током суђења, већ се поступак, онда када постоји валидно и кредибилно признање оптуженог, практично сумарно окончава изрицањем пресуде.

Међутим, у Енглеској никада, што значи ни сада у позитивном енглеском кривичном процесном праву, није било могуће да се до признања дође захваљујући страначком преговарању. У пракси оптужени релативно често при-

33 Према: S.Pünger, *Споразумно окончање кривичних поступак – плодаје у прилогу процене ефеката прописа пре одустајања од континенталноевропских правних принципа*, „КоПра“ – континентално право, Часопис за одржив и складан развој права, Немачка фондација за међународну правну сарадњу (IRZ), Београд, 2017., стр. 75.

знају кривично дело, када сматрају да су „притешњени“ доказима (а нарочито када им то саветује и њихов бранилац), али то апсолутно не чине на темељу било каквих преговора са тужиоцем, нити оптужени добијају било какве гаранције у погледу казне која ће уследити у пресуди, која се доноси на основу њиховог признања, мада у Енглеској постоји прилично устаљена пракса по којој се признање оптуженог третира као значајна олакшавајућа околност, на шта, по правилу, и рачуна већина оптужених који признају кривично дело и тиме се опредељују за релативно сумарно окончање кривичне процедуре.

Буквалан превод израза *plea bargaining* означава „цењање“ и „погађање“ о признању, а сам споразум о признању кривице се у жаргону означава као „deal“, што се своди на „погађање“ и „преговарање“ тужиоца и окривљеног, односно његовог браниоца, око уступака који су спремни да пруже у замену за противуступке друге стране, при чему се сам страначки договор не мора односити само и искључиво на признање кривице, већ се окривљени може обавезати и на испуњење других „престација“, попут сведочења у кривичним поступцима против других окривљених.³⁴

Код нас се уобичајено сматра да је примарни циљ установе споразума о признању кривице растерећење суда и нека врста „релаксације“ већине кривичних поступака, што се често и у самим

34 Више о томе: В.Бајовић, *Споразум о признању кривице*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, 2009., стр. 55.

САД наводи као основни *ratio* постојања *plea bargaining* система. Интересантан је један нешто другачији поглед из континенталне Европе (али и уз позивање на угледне америчке ауторе) на праве разлоге за постојање таквог, данас у САД широко распрострањеног процесног механизма.³⁵

Тако се на пример, у немачкој литератури наводи да растерећење кривичног поступка, у ствари, ипак није основни и суштински разлог постојања споразума о признању кривице (испреговораног признања, тј. *plea bargaining-a*), већ суштински разлог за постојање ове установе лежи у чињеници да, када се ради о многим деликтима, нормативне могућности које се у САД прописима дају за кажња-

35 Ови разлози делују прилично разложно и убедљиво, што нас аргументовано наводи на закључак да од споразума о признању кривичног дела у нашем кривичнопроцесном систему, како док је тадашњи „споразум о признању кривице“, био могућ само у погледу кривичних дела за која је прописана казна до 12 година затвора (ЗКП из 2001. – новеле из 2009.), тако и сада када је такав споразум, могуће закључити у погледу свих врста кривичних дела, ни у ком случају не треба очекивати „чуда“. Наиме, ситуација код нас и већ дуго присутна пракса, а нарочито устаљена казнена политика, се значајно разликују од тих фактора у САД. Ово ћемо детаљније објаснити у даљем тексту - у контексту критичких разматрања неких не савим адекватних решења у позитивном Законику о кривичном поступку, чијим су одредбама, поред осталог и сувише „олабављени“ услови за закључење споразума о признању кривичног дела и што је посебно лоше, на извесан начин омогућена својеврсна „трговина“ са окривљеним, јер је уведена и варијанта која подразумева обавезивање окривљеног са којим је закључен такав споразум, да сведочи у кривичном поступку.

вање у погледу могуће максималне казне, нису корелативне са једном „разумном пропорционалношћу“,³⁶ тако да кроз преговарање са тужиоцем, оптужени практично покушава да донекле ограничи „простор“ судији у погледу одмеравања казне.³⁷

Затим, треба имати у виду и да одлучивање поротника као обич-

36 Не само што су прописане казне у САД (ту је посебан значај тзв. смерница за одређивање казни – *Federal Sentencing Guidelines*), изузетно високе у поређењу са типичном европским законодавствима, већ на *веома строгу казнену политику*, утиче не само генерално изразито пунитивна атмосфера у америчкој јавности и правосудју, већ и *нека материјална кривичноправна правила*, попут оних која се односе на правило по коме се казне углавном изричу *кумулативно* за кривична дела у стицају, те најчешће непостојање правила која би се тицала случајева привидног стицаја.

У том су погледу од значаја и нека процесна, па и уставна правила. На пример, начело *не бис ин идем* (*prohibition of double jeopardy*), је уставног ранга (Пети амандман на Устав САД), али се оно не односи на случајеве (што није нимало ретко у пракси), када је једно исто кривично дело прописано како савезном регулативом, тако и прописима држава САД, што значи да ако на пример, „неко опљачка банку у Њу Џерсију, он тиме крши како право федерације, тако и право државе у којој је кривично дело учињено. То лице може бити легално кривично гоњено и осуђено одлуком суда у Њу Џерсију за то кривично дело, а потом се против њега може за исто кривично дело водити кривични поступак пред судом на савезном нивоу.“ Више о томе: G.Clack (Ed.), *Outline of the U.S. Legal System, Bureau of International Information Programs United States Department of State, Washington, 2004.*, стр. 106.

37 Више о томе: T.Weigend, *Strafzumessung durch die Parteien – das Verfahren des Plea bargaining im Amerikanischen Recht*, ZStV 94, 1982, стр. 200 – 204.

них грађана (лаика) током самог класичног суђења, није „временски интензивно“, а да оптужени одлуку пороте често ишчекује са „великом неизвесношћу“, па га и то мотивише да се на неки начин „обезбеди“ закључењем споразума са тужиоцем.³⁸

Конечно, разлог за широко примењивање *plea bargaining* механизма у САД произлази и из чињенице да „амерички бранилац“, супротно ономе што се практикује у Европи („инквизиторски“ поступак),³⁹ сам мора да утврђује чињенице које иду у прилог одбрани, односно изводи доказе у ко-

38 Више о томе: S.Hubertus Kremer, *Absprachen zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten im Strafprozess – Inaugural-Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte durch die Rechts-und Staatswissenschaftliche Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Bonn, 1994*, стр. 235.

39 Атрибут „инквизиторски“ је под наводницима (претежно англосаксонски аутори савим рутински користе тај атрибут, када њиме обележавају типичне кривичне процедуре у континенталној Европи), јер савремено европско-континентални кривични поступци нису наравно, чисто инквизиторског карактера (такви чисто инквизиторски поступци се сада посматрају само у *историјском смислу*), али у класичним европско-континенталним кривичним процедурама постоје значајни и упадљиви инквизиторски елементи (што није никаква аномалија ових система, већ напротив, њихова значајна компаративна предност односу на чисто адверзијално конструисане кривичне процедуре), а посебно везано за деловање начела истине и постојање официјелне дужности суда да официјелно утврђује чињенице које су релевантне за установљавање потпуног и тачног чињеничног стања, односно другим речима - *истине* и онда када за то уопште ни не постоји страначка доказна иницијатива, дакле по сопственој интенцији самог суда.

рист одбране, па тако, на пример, одбрана сама мора да се постара да пронађе „своје” сведоке, као и да самог оптуженог припреми за унакрсно испитивање, што је све, између осталог, скопчано и са значајним губитком времена, те великим финансијским издацима, тако да је у циљу уштеде времена и новца бранилац често спреман на преговарање са тужиоцем, а нарочито с обзиром на чињеницу да у пракси он захваљујући једном „разумном” споразуму са тужиоцем може више да постигне за свог клијента, него што би то успео када би дошло до класичног поротног суђења.⁴⁰

У америчкој литератури се наводи да, како на нивоу држава, тако и на савезном нивоу, најмање 90 % свих „кривичних случајева” никада не доспе на суђење, јер се тужилац и бранилац оптуженог⁴¹ договоре о оптужби и „пресуди коју ће „држава” предложити суду”,⁴² што

40 S.Hubertus Kremer, op.cit., стр. 235 – 236.

41 У цитираном тексту се говори само о преговарању, односно договарању „тужиоца и браниоца оптуженог”, а не и самог оптуженог, с обзиром да, иако би то формално било могуће, у пракси скоро да нема случаја да се сам оптужени договара са тужиоцем, већ то по правилу, чини његов бранилац. И иначе, *адверзијална конструкција поступка, скоро да подразумева обавезно учешће браниоца*, тј. квалификованог правника, односно адвоката на страни одбране у поступку, јер оптужени који је најчешће правни лаик, тешко може да „ларира” државном тужиоцу, а у конкретном случају, када је реч о систему *plea bargaining-a*, неупоредиво је једноставније када се у статусу „преговарачких страна”, нађу два квалификована правника, тј. државни тужилац и бранилац оптуженог.

42 Уобичајено се под „државом“ у оваквој врсти констатације, у САД подразумева

се ефективно своди на обећање одређеног облика ублажавања казне у замену за признање кривице. Наравно, овде треба имати у виду да се под „кривичним случајевима“ у САД (а који се сврставају у тих 90 % решених путем страначког споразумевања, односно применом *plea barging* механизма), подразумевају не само класична кривична дела о којима се решава у кривичном поступку, већ и друге врсте деликата, како они који су по својој природи багателни, тако и неки, који би са становишта српског кривичноправног система, били прекршаји или чак мање тешки деликти од прекршаја.

У упоредном праву постоји један веома специфичан начин „везивања руку“ судијама, а своди се на увођење прецизних *смерница за избор кривичне санкције и изрицање казне*, што представља неку врсту „бодовног система“, где сам законодавац утврђује веома детаљан списак околности које могу да буду ублажавајуће или олакшавајуће, те колико бодова произлази из које од тих околности, остављајући судији простор само за одговарајуће *сабирање и одузимање*, те коначно формално изрицање казне која произлази из таквих рачунских операција. Овај систем је поникао у САД у виду познатих *смерница за пресуђивање (кажњавање) (Sentencing Guidelines)* и он суштински није типичан за континентално-европске државе, па ни уопште европске кривичноправне системе, па се тако тај систем не примењују ни у Великој Брита-

њен формални репрезент у односу на кривично гоњење, а то је државни тужилац.

нији, односно Енглеској и Велсу, иако је енглеско кривично право својеврсна колевка англосаксонског права уопште, па и кривичног права САД.⁴³

Овај систем „математичког“ и „сабирајућег/одузимајућег бодовања ради одређивања врсте кривичне санкције и мере казне је у САД у пракси најчешће доводио до веома строгог кажњавања,⁴⁴ нарочито у поређењу са континенталном Европом, због чега су САД у светском врху и по броју људи у затворима у односу на укупну популацију,⁴⁵ а строгост кривичног

43 Више о томе: F.Lyall, An Introduction to British law, “Nomos Verlagsgesellschaft”, Baden-Baden, 2000, стр. 182.

44 Чак је у неким америчким државама, као на пример, у Калифорнији, дуго времена функционисало правило о обавезном изрицању казне доживотног затвора, увек када се ради о рецидивизму по „трећи пут“, што значи да би учинилац који је претходно већ два пута осуђиван, без обзира на врсту деликта (чак и кад се ради о багателним деликтима), који чини као повратник трећи пут, свакако морао да буде осуђен на казну доживотног затвора. Такви законски механизми су у ствари, нормативни израз феномена који је у криминологији познат као *морална паника*. Више о томе: F.E.Hagan, *Introduction to Criminology – Theories, Methods and Criminal Behavior*; 6th Edition, „Sage Publications“, Thousand Oaks, California, 2008., стр. 450.

45 Поједине релативно велике државе се одликују и великом затворском популацијом, што често и није сразмерно са величином саме државе. На пример, у САД је више од 2,2 милиона људи у затворима (око 700 на 100.000 становника), више од 1,6 милиона осуђеника је у Кини (мада Кина иначе, има вишеструко бројније становништво од САД), око 640.000 у Русији, 607.000 у Бразилу, 413.000 у Индији (која је иначе једна од најмногољуднији земаља света), 311.000 у Тајланду, 255.000 у Мексику, 225.000 у Ирану итд.

санкционисања је такође, сама по себи, била и један од веома значајних генератора велике „успешности“ *plea barging* механизма у америчкој судској пракси.

Према правилима српског Законика о кривичном поступку, споразум о признању кривичног дела јавни тужилац и окривљени могу закључити од доношења наредбе о спровођењу истраге па до завршетка главног претреса. У изворном тексту Законика се крајњи моменат за закључење споразума о признању кривичног дела одређивао - до изјашњења оптуженог о оптужби на главном претресу. Последњим изменама Законика из маја 2014. године тај рок је значајно продужен, тако што је прописано да је споразум могућ све до самог завршетка главног претреса. *Ratio legis* ове измене темељи се на тенденцији да се створе шире могућности за закључење споразума о признању кривичног дела као облику „поједностављеног“ и

Иначе, више од половине држава света, које укупно заузимају територију од око 55% планете, имају затворску популацију која прелази однос од 150 према 100.000 становника. Треба наравно, имати у виду и да неке велике државе имају и велику затворску популацију, али само у апсолутном смислу, што значи да немају велики број људи лишених слободе у односу на укупну популацију, према уобичајеној сразмери 1:100.000. Тако на пример, тај број у Индији износи само 33, а у Пакистану 43. Више о томе: М.Шкулић, *Условни отпуст са становишта кривичног материјалног и процесног права*, Међународни научни тематски скуп (Палић, 2-3 јун 2016.): „Кривичне и прекршајне санкције и мере: изрицање, извршење и условни отпуст“, зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, Београд, 2016., стр. 381 – 382.

сумарног вида решавања предмета кривичног поступка.

Споразум о признању кривичног дела је процесни механизам који може да буде од користи, али није пожељно да у нашим условима суђење постане *изузетак*, а споразумевање *правило*. Страначки споразуми морају да буду ипак релативно рестриктивно примењивани, а не по сваку цену, јер то некада може бити супротно и интересима који произлазе из начела *правичног вођења кривичног поступка*.

Значајна аномалија овог споразума јесте што је он сада могућ у односу на *било коју врсту кривичног дела*, без обзира на његову тежину, што значи да се такав споразум, на пример, може закључити и са окривљеним који је оптужен за силовање детета, вишеструко убиство итд.

У самом законском тексту постоје и неке правно-техничке, па и суштинске нелогичности у односу на споразум о признању кривичног дела, које већ значајно утичу и на креирање погрешне праксе. То је посебно карактеристично за законске захтеве који се односе на неке *обавезне елементе* споразума о признању кривичног дела.

Када је реч о кривичној санкцији која је предмет споразума, нелогично је да се странке могу договорити и само о „распону казне“, тј. одређивању минималне и максималне казне, а у којим би оквирима потом суд могао да утврди казну која ће се изрећи пресудом произишлом из споразума о признању кривичног дела. Тако нешто је могуће, на пример, у САД, али тамо казна проистиче из врло прецизних и скоро меха-

нички одређених и примењивих „инструкција“ или „упутстава“ за кажњавање, а у Србији је сходно правилима кривичног материјалног законодавства за одмеравање казне неопходно да суд узме у обзир све околности које утичу да казна буде мања или већа у оквиру конкретног могућег распона кажњавања, што се односи како на „класичан“ случај када се ради о распону утврђеном кривичним законом, тако и овде, где су такав распон у оквиру свог споразума утврдиле странке.

У САД се у оквиру споразума странке могу договорити и о правној квалификацији кривичног дела, што је понекад већ на први поглед супротно ономе што се заиста збило у конкретном случају. То некада личи на тзв. *компромисне пресуде*, као када су докази релативно „танки“, па се на пример, а на темељу „испреговараног признања“, уместо за убиство првог степена, окривљени осуди за убиство другог степена и сл. Тиме се практично драстично умањује значај материјалног кривичног права, јер се слично може поступити у односу на *било које материјално кривичноправно питање*, како из домена објективних елемената кривичног дела (*ајтус реус*), тако и у погледу његовог субјективног елемента (*менс реа*), сходно општем појму кривичног дела у кривичном праву САД. Сматрамо да тако нешто не би било прихватљиво у нашем кривичном поступку, али се чини да пракса већ резонује другачије.

Иако се чак и у типичном адверзијалном кривичном поступку САД (за разлику од позитивног

српског Законика о кривичном поступку у којем истина нема било какву посебну важност), као циљ кривичног поступка утврђује *сазнање истине*,⁴⁶ начин „достизања“ истине је крајње формализован.⁴⁷ Своди се на строга правила о терету доказивања и успешност у „доказном двобоју“ странака, а сам суд се не сме упуштати у доказивање, при чему иако постоји формална „једнакост оружја странака“, ни у САД није спорно да је у значајно лошијем положају сиромашни окривљени, који је, у ствари, само формално једнак државном тужиоцу, иза којег реално стоји цели државни апарат, те да, обрнуто, неки веома богати окривљени могу захваљујући скупој и квалитетној одбрани да буду доминантни у доказном поступку. У таквом кривичнопроцесном амбијенту посебан значај има механизам страначког преговарања/споразумевања, па се стога у САД, како из разлога процесне економичности, тако и у циљу задобијања тзв. кооперативних сведока, па и из неких других разлога, изразито фаворизује механизам страначког споразумевања (*plea bargaining*).

46 Ради се о одредби 1.02 Савезних правила о доказивању у САД, које као свој циљ наводи сазнање истине, ради правичног одлучивања. У тој се одредби наводи: „Ова правила би требало примењивати тако да се сваки поступком „фаир“ управља, да се отклоне неоправдани трошкови и одуговлачење, као и да се допринесе развоју доказног права, да би се на крају сазнала истина и правично одлучило“.

47 Више о томе: T. Weigend, *Should We Search for the Truth, and Who Should do it?*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, Vol. 36, Number 2, Chapel Hill, 2011, str. 389 – 415.

Споразумно, односно испреговарано признање кривице у САД, може да обухвати читав низ и чисто кривичноправних елемената, попут степена кривице, врсте кривичног дела и правне квалификације, па се тако, путем једног кривичнопроцесног механизма и на темељу страначког консензуса, могу решавати и стриктно кривичноправна питања, односно проблеми материјалног кривичног права. Из тога произлази и да је за једног правника кривичара у САД, што се пре свега односи на државног тужиоца на једној страни и адвоката који је у функцији одбране на другој страни, по правилу знатно важније да је умешан у преговарању, својеврсном процесном „денкању“ и „погађању“, него да добро познаје материјално кривично право. То је истовремено и један од основних разлога да материјално кривично право у пракси у Сједињеним Америчким Државама губи на значају.

Како суд, онда када прихвати споразум о признању кривичног дела, више нема могућност да изводи било какве доказе, он није у прилици ни да изведе доказе који би се односили на околности од којих зависи мера казне. Стога је грешка што се одредбама српског Законика о кривичном поступку омогућава и споразумевање које би се односило само на *распон казне*, јер како би се суд могао одредити за конкретну меру казне унутар распона утврђеног споразумом, када није био у прилици да извођењем доказа утврди околности од којих у кривичноправном смислу зависи мера казне (олакшавајуће и отежавајуће окол-

ности). Поред тога, тиме се, а што је посебно значајно са становишта окривљеног, овде непотребно уноси и један елемент „несигурности“, јер окривљени у ствари и поред тога што је признао кривично дело, не зна „шта га коначно чека“.

Ако је законодавац имао интенцију да свакако постоји могућност да се странке договоре само о распону казне, а не да се она мора прецизно „фиксирати“ у споразуму, те да се онда суду препусти да коначно, уколико прихвати споразум, у оквиру тог распона изрекне конкретну меру казне, онда се морало прописати да суд мора извести доказе којима утврђује чињенице од којих зависи мера казне.

Када је реч о обавезним елементима споразума, они ипак нису сви апсолутно обавезни, иако их законодавац, на први поглед, формално дефинише као *обавезне*. Наиме, као што је претходно већ објашњено, споразум ће се односити и на *имовинскоправни захтев*, али само ако је такав захтев уопште и поднесен.

С друге стране, није јасно ни зашто би се споразум баш увек морао тицати имовинскоправног захтева, чак и онда ако је такав захтев поднесен, јер би то тада значило да лице које је овлашћено да поднесе имовинскоправни захтев, а то је практично оштећени кривичним делом, увек може да „блокира“ споразум о признању кривичног дела уколико свој захтев усмери тако да његово остварење (па самим тим и споразумевање у том погледу у оквиру споразума о признању кривичног дела), практично буде немогуће, јер би на пример, захтев који би се

тицао накнаде штете био потпуно нереалан и сл.

Поред тога, нелогично је да се као (чак обавезни) елемент споразума између две странке, одређује имовинскоправни захтев, тј. некакво „(под)споразумевање“ између окривљеног и оштећеног (подносиоца имовинскоправног захтева), када само лице које је овлашћено да такав захтев подноси, уопште и није „страна“ која се споразумева о признању кривичног дела. У пракси се иначе већ искристалисао став да се под споразумом о имовинскоправном захтеву, подразумева да се оштећени, тј. подносилац таквог захтева, упути да га остварује у парничном поступку.

Споразум о признању кривичног дела има свој посебан *ratio* који се разликује од онога постојања страначког споразума друге врсте, а то је споразум о сведочењу окривљеног. У пракси се већ примећује склоност неких јавних тужилаца да комбинују ове институте, што начелно није прихватљиво. Наиме, постоји тенденција да се споразум о признању кривичног дела посредно користи као начин задобијања „кооперативног сведока“, тако што се у признање унесу елементи који терете неког другог окривљеног у истом или другом кривичном поступку, а онда се сама пресуда проистекла из споразума о признању кривичног дела користи као доказ против другог окривљеног. Сматрамо да то није прихватљиво, јер не само што се на тај начин један законски механизам користи прешироко и супротно законској интенцији, већ се ова пракса комбинује и са претераним, практично драстичним одступањем од начела непосредности.

Наиме, из саме чињенице да је у Законику о кривичном поступку паралелно уређено постојање више врста страначких споразума, од којих је једна врста „чист“ споразум о признању кривичног дела, чиме се омогућава релативно сумарно окончање кривичног поступка, док су друге две врсте начини (за)добивања кооперативних сведока (споразуми о сведочењу окривљеног/осуђеног), произлази да се споразумом о признању кривичног дела не могу остваривати они интереси који се могу постићи једино споразумом о сведочењу. Супротна пракса се своди на својеврсно „изигравање“ законског решења и представља крупно одступање од начела правичног вођења кривичног поступка.

У пракси се претходно објашњено коришћење једне врсте страначког споразума за остваривање циљева који би требали/могли да се постижу једино другом врстом споразума, комбинује и са претераним, суштински драстичним и сасвим неоправданим одступањем од начела непосредности, јер се сама пресуда проистекла из признања кривичног дела користи као доказ у другом кривичном поступку, односно против другог окривљеног. Поред тога, у пракси су неки судови стали на становиште да није могуће да се окривљени који је споразумно признао кривично дело испита као сведок у другом кривичном поступку, односно у погледу другог окривљеног. Ово становиште се темељи на тврдњи да не може у односу на исти предмет исти субјект да се појави и као сведок и као окривљени, али је тако резонување суштински погрешно, јер исти окривљени не

може истовремено бити и сведок, само када се ради о кривичном поступку који се води против њега самог, а не и онда када је у питању кривичним поступак усмерен против других лица.

Забрана прописана у члану 481 став 2 Законика о кривичном поступку се не односи на ситуацију која се тиче (не)могућности испитивања као сведока окривљеног који је закључио споразум о признању кривичног дела из којег је проистекла правноснажна пресуда. Наиме, према тој одредби законодавац прописује један посебан случај *обавезног одступања од начела непосредности у извођењу доказа* приликом поновног суђења лицу које је претходно правноснажно осуђено у одсуству. То значи да се поновљеном поступку саучесник окривљеног који је већ осуђен, *не може саслушавати*, нити се може суочити са окривљеним, већ се упознавање са садржином исказа осуђеног саучесника обавља тако што председник већа укратко износи садржину записника о тим исказима или их чита, а могуће је и репродуковање оптичког или тонског снимка који садржи такав исказ, с тим да се пресуда не може искључиво или у одлучујућој мери заснивати на таквом доказу. И ова законска забрана је суштински прилично некоректна и представља претерано одступање од начела непосредности, али се она при том уопште ни не односи на претходно објашњењу ситуацију која произлази из неких споразума о признању кривичног дела, а сматрамо и да овде нема услова за примену аналогије у пракси.

8. Зашто и како реформисати реформу кривичног процесног права Србије?

Скоро целокупна кривичнопроцесна теорија у Србији и велики део праксе изузетно оштро критикују текст новог Законика, тврдећи да је у њему пуно противуставних норми, омашки и грубих правно-техничких грешака, али и да је заснован на суштински изузетно лошем и неправичном концепту.

Раније важећи Законик о кривичном поступку су релевантне међународне институције оцењивале као напредан и демократски, али се сматрало да није довољно ефикасан. Шта смо добили са новим Закоником? Искуства из праксе већ показују да просечан кривични поступак дуже траје него раније и да је знатно скупљи.⁴⁸

И након више година покушаја да се наш кривични поступак темељно реформише, реформа још увек траје, а нови ЗКП још увек „опстаје“.⁴⁹ Често најављиване

48 Више о томе: М.Шкулић, *Основни проблеми у примени новог Законика о кривичном поступку Србије и како „реформисати реформу“ српског кривичног процесног права*, „Правни живот“, тематски број: „Право и начело савесности и поштења“, Том I, број 9/2014., Београд, 2014., стр. 575 – 595.

49 То представља разлог из којег је аутор овог чланка, у неким јавним расправама о сада важећем Законик о кривичном поступку, који од ступања на снагу и почетка примене, упорно опстаје у изворном облику (осим сасвим ситних и концепцијски небитних измена), упркос веома оштрој критици од стране скоро свих професора кривичног процесног права у Србији, као и великог дела праксе, говорио у шaljивом тону, као о својерсном „тефлон законик“; правећи аналогију са познатом „причом“ о чувеном „Тефлон Дону“. Наиме, ради се о извесној „аналогији“ са чувеним представником америчког организованог криминалитета из осамдесетих година

промене тог Законика, па чак и доношење потпуно новог Законика о кривичном поступку, нису још увек реализоване, а разлози за опстанак тог Законика су, чини се, више у домену политике него струке, али је то питање за ширу расправу и у ствари није ни од већег практичног значаја, јер као што традиционално важи *dura lex, sed lex*, тако је и „лош закон, ипак закон“, те с мора примењивати док је на снази.⁵⁰

Новим Закоником о кривичном поступку из 2011. године, нажалост, далеко је више нових и тешких проблема створено, него што је решено раније постојећих проблема.⁵¹

прошлог века - Џоном Готијем (*John Gotti*) Неколико озбиљних оптужница је у САД доживљавало прави, а некада чак и спектакуларни „фијаско“ у судском поступку и Готи је бивао годинама редовно и скоро рутински ослобађан од оптужби због недостатка доказа, што је затим допринело његовом чувеном надимку „Тефлон Дон“. Представници медија су тиме објашњавали његову својерсност „имуност“ на покушаје власти, односно полиције, ФБИ-аја и државног тужилаштва у САД, да у регуларном судском поступку докажу да он стоји иза низа кривичних дела која су му се неформално приписивала. Све су се оптужбе од њега стриктно „одбијале“, односно за њега се нису „лепиле“, као што се на „тигањ од тефлона не лепе намирнице“. Више о томе: М.Шкулић, *Организовани криминалитет – појам, појавни облици, кривична дела и кривични поступак*, „Службени гласник“, Београд, 2015., стр. 210 – 211.

50 Више о томе: М.Шкулић, *Кривичнопроцесна традиција као вид културног и правног идентитета*, „Правни живот“, тематски број: „Право и друштвени императиви“, Том I, број 9/2016., Београд, 2016., стр. 611 – 640.

51 Више о томе: М.Шкулић, *Основни облици кршења права на правично суђење у новом Законик о кривичном поступку Србије*, *Правни живот – часопис за правну теорију и праксу*, тематски број: „Право и достојанство“, Београд, 2013., Том I, број 9/2013., стр. 691 – 713.

Питање је како сада поступити. Чини се да је најцелисходније да се предузму „два корака“: први и мањи, који би релативно брзо уследио, и други, већи, који би морао да буде изузетно добро осмишљен, пажљиво припремљен и доследно реализован. Први корак би се свео на најнужније промене у тексту Законика из 2011., а у другом би се кораку приступило изради потпуно новог Законика о кривичном поступку.

У првом кораку, који би уследио након анализе досадашњих резултата у целовитој примени новог Законика, а који су по свему судећи већ у *prima facie* смислу веома лоши, потребно је, колико је могуће, предузети најургентније поправке тог веома лошег законског текста. Од овог првог корака не треба очекивати чуда. Немогуће је од лошег „материјала“ направити добар „производ“, а нарочито уколико се задрже и нека веома лоша концептуална решења новог Законика. Међутим, тај корак је нужан и боље је учинити бар нешто него допустити даље урушавање нашег кривичног правосуђа. Концепт јавно-тужилачке истраге сам по себи није споран, али је велико питање колико је тај систем квалитетно уведен у новом ЗКП-у, чија се примена у пракси суочава са огромним проблемима, не само због недовољно средстава и кадрова, већ пре свега због недовољно квалитетног законског текста и лошег генералног концепта. Већ сада постоје неке јасне „индиције“ (на пример, о томе је јавно било речи и на неким саветовањима и округлим столовима), да не само да нова концепција није у пракси дала боље резултате, већ и да је далеко *већи број за-*

меника јавног тужиоца у односу на број некадашњих истражних судија, сада парадоксално спровео знатно мањи број истрага у приближно истом временском периоду.

Када је реч о судијама, треба имати у виду да многим судијама можда донекле и „прија“ теза која се претежно пласира у обукама за примену новог Законика о кривичном поступку, а по којој тај нови Законик сада суд битно релаксира, јер терет доказивања оптужбе стриктно пребацује на тужиоца, те уопште извођење доказа примарно поверава странкама. Суд се тобоже неће упуштати у „доказну арену“, све ће то бити препуштено странкама, а онда ће „на крају представе“ суд само оценити која је странка била успешнија, тј. да ли је тужилац успео да докаже оптужбу. Погрешно је да неке судије тако, тј. у стилу – „бриго моја – пређи на другога“, доживљавају нови ЗКП, не само због тога што је то изузетно крупан и радикалан прекид са нашом вишедеценијском традицијом и уобичајеном свешћу о правој улози судије у кривичном поступку, већ и стога што то једноставно није ни истинито ни логично. *Ко одговара за кривичну пресуду?* Суд - наравно. Како суд може имати право кажњавања, односно кривичног санкционисања, ако је био потпуно доказно пасиван?

Како судија може имати моралне снаге да потпише пресуду засновану на чињеницама утврђеним чисто или примарно страначки изведеним доказима уз мање-више потпуно доказно пасивни суд?

Конечно, па и сада постоји жалба због погрешно или непотпуно

утврђеног чињеничног стања, што значи да судија „ризикује“, на пример, укидање пресуде из тога разлога, а сам није имао никакву дужност да уопште и утврђује чињенично стање, тако што би по својој иницијативи извео потребне доказе.

Последњих година дана спроводи се обука за примену новог Законика, али је велико питање да ли је и поред свих напора и најбоље воље таквим активностима учињено довољно. И раније се код нас већ дешавало да се целокупна припрема за нови закон, или бар њен „лавовски део“, сведе само на какву-такву обуку. Треба ипак рећи да се добро зна како по правилу (част изузецима) изгледа обука која се своди на предавања експерата, уз углавном пасивне учеснике, а треба имати у виду и да велики број носилаца правосудних функција чак ни такву обуку није прошао, јер се радило о људима који претходно нису „прошли“ општи избор, односно реизбор, па су накнадно „враћени“ у правосудни систем.

Конечно, код нас је већ уобичајено да се сматра да је у припреми за неки нови и битно другачији закон у односу на ранија законска решења најважнија обука, или је можда такву врсту припреме најлакше реализовати... Наравно да обука, иако није неважна, никако не представља најважнији елемент припреме за неки радикално другачији закон у односу на ранија искуства, као што је то сада случај са новим ЗКП-ом, јер у крајњој линији, судије и јавни тужиоци, као и адвокати, могу и сами, тј. без посредника, па и без „шарених“ power point презентација, да читају закон и упознају

се са новим решењима. Додуше, није спорно да је једноставније систематско упознавање са новим законским решењима путем организоване обуке, али не може бити спорно да је *од саме обуке далеко важније имати техничка средства*, зграде, друге ресурсе, а ту, нажалост, за сада није много учињено.

Као што сви лако увиђају да није крив дечак из поучне приче који је коначно изговорио – „цар је го“, тако не треба да буде тешко ни да се кривци за евидентне проблеме које је већ начинио и које ће вероватно и у будућем периоду проузроковати нови ЗКП, не траже у онима који тај лош Законик критикују, већ у онима који га или некритички и без јаким аргумената хвале, или просто не желећи да се можда „некоме замере“ или тежећи да избегну ризик потенцијалног пребацивања некакве „неспособности да се прилагоде модерним одредбама“, једноставно прећуткују да се ради о изузетно лошим одредбама.

И шта сад? Није сасвим јасно зашто још увек није битно промењен нови Законик о кривичном поступку. Могуће је да просто није било довољно времена за битније промене, предвиђене Законом о изменама и допунама ЗКП-а, па су сада реализоване само неке за које је оцењено да су ургентне, а остале остављене за будуће време. Тако нешто не би било идеално, јер не треба заборавити да је својевремени Нацрт Закона о изменама и допунама, иако свакако, сам по себи, не нека савршена „нормативна хармонија“ и реално сведен на покушај да се једним „разумним компромисом спаси, што се спасти може“ у



веома лошем тексту новог ЗКП-а, од стране релевантне стручне јавности у Србији без дилеме оцењен као текст који може *битно поправити квалитет новог Законика о кривичном поступку*, а пре свега отклонити најкрупније концепцијске аномалије и противуставне одредбе. Њиме су исправљане и неке правнотехничке, па и суштинске грешке.⁵² Можда се неке учинило да је штета да се нови ЗКП радикално мења након што су уложена велика средства у обуку правосудних кадрова за његову примену. То није добар разлог, јер та средства, без обзира колика су, нажалост нису вероватно ни промил штете коју ће Србија и њени грађани претрпети ако се покаже, што је врло вероватно, да нови ЗКП нимало не доприноси ефикаснијем кривичном поступку, већ, напротив, наш

52 На пример, има у ЗКП-у из 2011. године и неких грешака, од којих у пракси не може бити неке велике штете, али свакако не могу да буду „на понос“ законодавцу. Неке грешке имају донекле и „бизаран“ карактер.

Тако је у члану 142. став 2. тачка 2. ЗКП прописано да у одлуци о изрицању кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе, првостепени суд може по службеној дужности одредити да се узорак за форензичко-генетичку анализу, узме од „окривљеног који је оглашен кривим за *умишљајно кривично дело против полне слободе*.“ Када овде као услов наводи да се мора радити о „умишљајном кривичном делу против полне слободе“, законодавац прави грубу грешку, јер су кривична дела против полне слободе по дефиницији искључиво умишљајна. На пример, када је реч о најтипичнијем (класичном) кривичном делу против полне слободе, немогуће је замислити силовање које би се извршило из нехата. Више о томе: З.Стојановић и Н.Делић, *Кривично право – посебни део*, Правни факултет Универзитета у Београду и Правна књига, Београд, 2013. стр. 79 – 81. и З.Стојановић, *Коментар Кривичног законика*, „Службени гласник“, Београд, 2012., стр. 435 – 436.

кривични поступак чини компликованијим, скупљим и знатно мање ефикасним.

Ако би се у догледно време приступило изради новог Законика о кривичном поступку, ту би као узор могао послужити (а тако је историјски посматрано, код нас било и раније) и веома модеран нови ЗКП Аустрије.

Аустријска искуства и њихов нови законик би за Србију у упоредно-правном смислу били посебно интересантни јер је и та земља пре неколико година са судске прешла на државнотужилачку истрагу, али није суд учинила потпуно доказно пасивним, нити је елиминисала начело истине из кривичног поступка, а наравно и „поред тога“, или боље речено – *захваљујући томе*, њихов кривични поступак спада међу најбоље и најефикасније европске кривичне процедуре.

У ствари, можда је и добро што радикалне промене новог Законика нису усвојене, као што је то покушано пре нешто више од годину дана, јер сасвим је јасно да се ни тиме не би у довољној мери поправио нов ЗКП, а било би нејасно да ли проблеми у пракси настају због лошег квалитета основног законског текста, или услед промена самог тог основног текста, што би вероватно тврдили они изузетно малобројни који сматрају да је нови ЗКП добар законски текст. Сада је све јасно, али и ова ситуација представља познати случај *о учењу на грешкама*, као *о најбољем*, али истовремено и *најскупљем начину стицања знања*. Зато је потребно да се одмах након првог и мањег „корака“ приступи реализацији другог далекосежнијег и дужег „корака“, који би се свео на израду потпуно новог Законика о кривичном поступку,

при чему би у концептуалном смислу требало поступити на следећи начин:

1. развити концепт јавно-тужилачке истраге, али тако да он буде усклађен са потребама наше земље и нашом кривичнопроцесном традицијом, а не да се у оквиру њега „експериментише“ са својеврсним „егзотичним“ идејама, попут тзв. паралелне истраге.⁵³ Добар узор у том правцу може да буде нови ЗКП Аустрије, земље у којој је недавно судска истрага замењена државнотужилачком. У новом Законику треба да постоји само једна истражна фаза, а не као сада две – предистражни поступак и истрага.⁵⁴ Поред

53 Упореди: С. Бејатовић, „Радна верзија Нацрта Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге“, *Ревизија за кривично право и криминологију* број 2/2010, Београд, 2010, стр. 23 – 39.

Израз „паралелна истрага“ ни иначе није законског карактера, већ се претежно користи у теоријско-концептуалном смислу, онда када се појединим законима (што је у Европи веома ретко, а типичан пример је Италија, мада је и она мењала своја законска решења која се у пракси показују као веома неефикасна) омогућава одбрани да током државнотужилачке истраге, у одређеном формалном или „полуформалном“ облику прибавља доказе који иду њој у прилог.

54 Предистражни поступак је заменио садашњи преткривични поступак, али је то у учињено на суштински погрешан начин. Наиме, и предистражни поступак, као и истрага, води се када постоји *исти* и *релативно низак степен сумње*, а то су основи сумње, који је, узгред, веома лоше дефинисан у члану 2 тачка 17, а при том се истрага на том нивоу степена сумње може водити како против одређеног лица, тј. онда када постоји осумњичени, тако и против непознатог учиниоца. Како се и предистражни поступак води на нивоу постојања основа сумње и како се он, по правилу, а посебно у неким ранијим фазама и док се кривич-

тога, овде треба имати у виду да је у ствари наш некадашњи преткривични поступак увек и био нека врста неформалне или полуформалне *јавно-тужилачко/полицијске истраге*, па треба користити и та већ устаљена искуства;

- дати већи значај начелу непосредности, што значи да се не могу рутински и сасвим једноставно докази тужиоца аутоматски користити на главном претресу (јер то нису докази суда, нити докази изведени пред судом), при чему истовремено треба омогућити шире ангажовање судије (било да је то

но дело тек разјашњава, води у односу на непознатог учиниоца, јер његова сврха, поред осталог, и јесте откривање осумњиченог, која је онда сврха омогућавања да се истрага такође може водити против непознатог учиниоца кривичног дела, онда када постоје основи сумње да је учињено кривично дело? Овде је такође грешка, што се не означава да се мора радити о кривичном делу за које се гони по службеној дужности.

Било би најцелисходније, ако се већ жели чист концепт јавнотужилачке истраге, да уопште не постоје посебне одвојене фазе предистражног поступка, као неке врсте супститута садашњег преткривичног поступка и истраге, коју би, уместо садашњег истражног судије, водио јавни тужилац. Таква раздвојеност постоји и у неким другим кривичним поступцима који се одликују тужилачком истрагом. Ту је, на пример, карактеристична Црна Гора, у којој постоји извиђај, који замењује некадашњи преткривични поступак, и истрага, која се води по наредби државног тужиоца. Иако ни ово није идеално решење, оно је ипак боље него оно у новом ЗКП-у Србије, јер се у Црној Гори извиђај води на нивоу *основа сумње*, док се истрага покреће онда када већ постоји *основана сумња*, као озбиљнији степен сумње, па то онда представља одговарајуће оправдање за разликовање ових фаза. Ако то формално није случај када се ради о извиђају, јесте суштински, односно садржински када је реч о истражном поступку, јер обе заједно представљају његов својеврстан сегмент.

судија за истрагу, или судија за претходни поступак), приликом обезбеђења доказа у истрази, онда када постоји опасност да они неће моћи да се понове на главном претресу, или када се ради о доказним активностима у корист одбране;⁵⁵

- пажљивије поступити приликом увођења у систем разних облика задобијања тзв. кооперативних сведока (сведоци сарадници, односно „окривљени/осуђени сарадници), јер систем уведен Законом из 2011. године у том погледу омогућава и неке потенцијалне злоупотребе, нарочито када се ради о примеру да се чак осуђујућа пресуда донесена на темељу исказа окривљеног/осуђеног сарадника, користити (чита) као доказ у другом предмету, уз истовремено онемогућавање да се саокривљени/саоптужени испитују као сведоци и сл.;
- боље дефинисати споразум о признању кривичног дела, као и механизам опортунитета кривичног гоњења, при чему треба посебно имати у виду и потребу адекватније заштите интереса оштећеног, али при том увести и стриктну забрану да се сама пре-

55 Сада, према ЗКП-у из 2011. године, судија за претходни поступак не може непосредно да врши неку доказну радњу у корист одбране у истрази (што би било логично), већ може само да наложи јавном тужиоцу да предузме такву радњу, ако се јавни тужилац претходно оглуши о такав захтев окривљеног, односно браниоца. Ово је лоше решење, тим пре, што законодавац уопште не решава проблем евентуалног оглушења јавног тужиоца о налог судије за претходни поступак. Коначно, и ако јавни тужилац по налогу судије за претходни поступак изврши захтевану радњу, сасвим је јасно да он то по правилу, неће учинити са неким великим „ентузијазмом“, јер се ради о радњи коју је претходно сам тај јавни тужилац сматрао непотребном.

суда проистекла из споразума о признању окривљеног рутински користи као доказ у другим кривичним поступцима, те чак и уз својеврсну „забрану“ да се окривљени који су склопили споразум о признању кривичног дела испитују као сведоци у другим кривичним поступцима, односно поступцима који се воде против других окривљених, чиме се драстично одступа од начела непосредности;⁵⁶

56 Ово је посебно спорно када имамо у виду да окривљени може да се брани на било који начин који сматра адекватним, што значи и да исказује или да не исказује, а ако исказује он није дужан да говори истину, па и ако се утврди да није говорио истину, то свакако не може да буде нека отежавајућа околност приликом одмеравања казне, нити му се уопште, због тога сме погоршати процесни положај. С друге стране, сведок је дужан да говори истину и ништа не прећути, а у супротном чак чини кривично дело давања лажног исказа. Из тога произлази да ако би исто лице исказ дало прво као окривљени, а потом у односу на исте околности исказивао као сведок, онај исказ који је дао као сведок би начелно по правилу, ипак имао виши степен доказног кредибилитета, мада наравно не априорно, већ према слободној оцени суда, који би га као и сваки други доказ ценио према слободној оцени доказа, те појединачно и у вези са осталим доказима. Ово би тако било без обзира што је у поступку у којем је саслушан као окривљени, већ донета правноснажна одлука суда, којом је достигнута нека врста формалне истине, према правилу – *res iudicata pro veritate accipitur*.

Дакле, иако наш законодавац покушава да „пошто пото – побегне од истине“ у кривичном поступку, то ипак није могуће, а јавни тужιοци би у пракси, без обзира што мањкав текст Законика то питање не регулише сасвим јасно, морали да се уздрже од својеврсног „замаскираог“ коришћења једне процесне форме ради постизања циљева којој је намењена друга, прилично слична, али ипак битно другачија процесна форма. То значи да нису и не могу да буду исто споразум о признању кривичног дела и споразум о сведочењу окривљеног.

5. развити алтернативне начине решавања предмета кривичног поступка, односно тзв. упрошћене и сумарне процесне форме,⁵⁷ те поступак за лакша кривична дела начелно учинити бржим и једноставнијим;
6. укинути одржавање припремног рочишта, јер се оно у пракси показало као изузетно компликовано и потпуно некорисно, а истовремено се тиме и непотребно одуговлачи поступак, те увести бољи и ефикаснији систем судске контроле оптужнице;
7. наћи праву меру између деловања начела истине и правила о терету доказивања;
8. уредити на бољи начин главни претрес, тако да се отклоне неки сада постојећи непотребни елементи који омогућавају одуговлачење кривичног поступка, али га истовремено и значајно поскупујују;
9. учинити суд доказно активнијим, али тако да то буде у складу са основним елементима начела правичног вођења кривичног поступка;
10. уредити на адекватнији начин систем правних лекова, при чему

Окривљени који је признао кривично дело тако што се споразумео са јавним тужиоцем није окривљени сарадник, као што је то онај окривљени који са јавним тужиоцем закључи споразум о сведочењу, па се ни ефекти те две врсте страначких споразума у доказном смислу, не могу, односно не смеју изједначавати.

57 Више о томе: В.Ђурђић, *Основна начела кривичног процесног права и поједностављене форме поступања у кривичним стварима*, зборник „Поједностављене форме поступања у кривичним стварима – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени“, Београд, 2013. стр. 62 – 63.

посебно треба обратити пажњу на квалитетније формулисање конкретних жалбених разлога, те што је посебно важно, увести више разлога за жалбу о којима другостепени суд води рачуна по службеној дужности,⁵⁸ али и адекватније формулисати норме које се односе на ванредне правне лекове, а нарочито у погледу захтева за заштиту законитости.⁵⁹

9. Да ли Србија треба да буде „држава владавине права“ или „правна држава“?

Питање из поднасловa овог дела рада није на први поглед непосредно повезано са кривичнопроцесном проблематиком, односно анализом важећег Законика о кривичном поступку Србије, било да се ради о критичкој анализи или чисто правно-техничком погледу на норме тог Законика, као што је то углавном типично, када је реч о уцбеницима кривичног процесног права, па чак ни када би се таква анализа (што је у српској науци и струци веома ретко, те ограничено мање више на

58 Више о томе: Г.Илић, *Главни претрес и жалбени поступак у ЗКП-у Србије (нејасноће и противречности)*, зборник: Главни претрес и суђење у разумном року – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени (ур. С.Бејатовић и И.Јовановић), ОЕБС – Мисија у Србији, Београд, 2015., стр. 236 – 238.

59 М.Шкулић и Г.Илић, *Нови Законик о кривичном поступку Србије – како је пропала реформа и шта да се ради ?*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012, стр. 234 - 235. Адреса за преузимање текста са сајта: <http://www.uts.org.rs/images/stories/061212.novi.zakonik.o.krivicnom.postupku.pdf>.

„круг“ самих учесника у настанку новог ЗКП-а), свела на хвалоспеве таквом законском тексту.

Ипак се чини да није свеједно да ли говоримо о *правној држави* или *владавини права*. То важи и за анализу важећег Законика о кривичном поступку Србије.

Иако се у пракси, а посебно када је реч о не увек довољно квалитетним страним експертима, који Србији помажу у реформисању правног система, па и од стране неких представника саме ЕУ, *владавина права* и *правна држава* посматрају и третирају као синонимима, то ипак није у потпуности баш тако.

Иако коришћење израза *владавина права* није само по себи погрешно, те може имати одговарајући смисао, ипак је далеко боље, комплетније и за континентално-европске правнике знатно адекватније коришћење израза *правна држава*.

Форсирање термина „владавина права“ је само још један вид експанзије англсаксонске правне концепције и уопште правне филозофије. За континенталну Европу, којој Србија припада не само географски, већ што је много важније и историјски, па и са становишта своје правне традиције, типичан термин, који представља основни *стандард* и *идеал*, јесте „правна држава“, као антипод недемократској „полицијској држави“.

Будући знатно бољи ЗКП Србије би дакле, морао да буде сегмент правног система Србије као правне државе.

10. Закључак

Важећи Законик о кривичном поступку Србије у суштини нема много непосредне везе са условима из Поглавља 23. То ипак не значи ни да је Србији свеједно какав ЗКП има.

Скупљи, компликованији, али и далеко правно-технички неуређенији, па и суштински неправичан кривични поступак, какав је онај који је Србија добила, односно који јој је „подарен“ новим Законом о кривичном поступку, свакако подразумева и озбиљне проблеме у функционисању правосуђа, па се тако посредно отежава и испуњење услова из Поглавља 23.

Србија је иначе, што се тиче тих услова, у основи „комотно“ могла да задржи на снази, те примењује и раније важећи ЗКП, чије су одлике између осталог биле судска истрага, класично континентално-европски конструисан главни претрес, активна доказна улога суда, већи број жалбених разлога на које се у другостепеном поступку водило рачуна по службеној дужности, већи број ванредних правних лекова итд.

На пример, када је реч о истрази и данас, без обзира што се код нас увредило погрешно становиште да је јавно-тужилачка (државно-тужилачка) истрага изразито доминантна у Европи, многе европске државе, па и оне које су чланице ЕУ, имају истрагу у надлежности истражног судије.

И у оним државама ЕУ које имају тужилачку истрагу, као на пример у Немачкој и Аустрији (која је донедавно имала судску истрагу), та истрага врло мало личи на нашу јавно-тужилачку истрагу,

а такве истраге, наравно, нема ни у САД, ни у другим државама за које је типичан адверзијални кривични поступак, као што је то случај у Енглеској и Велсу, Канади итд.. Наравно, сада када је већ уведена јавно-тужилачка истрага, њу и у будућем новом ЗКП-у треба задржати, али је уредити на битно другачији начин, слично као што је то у Немачкој и Аустрији.

Услови који се односе на независно правосуђе суштински нису повезани са типом кривичног поступка, а што се тиче основних стандарда демократске кривичне процедуре они су у високом степену већ били испуњени и у раније важећем Законику о кривичном поступку, а као што је то објашњено у претходном тексту, велико је питање да ли је добар део тих раније већ достигнутих стандарда суштински очуван у новом ЗКП-у.

Проблем новог типа кривичног поступка, који се аргументовано може оценити далеко неправичнијим, али вероватно и значајно неефикаснијим него што је то био ранији модел нашег кривичног поступка, пре свега је проблем Србије, а не Европске уније.

Србија мора због себе и својих грађана, а не због свог приближавања ЕУ и испуњавања услова из Поглавља 23, што је могуће пре да настави са реформом свог кривичног поступка и донесе потпуно нови ЗКП, који ће омогућити ефикасан, али и правичан кривични поступак, који, при том, неће одурадити од српске вишедеценијске континентално-европске кривичнопроцесне традиције.

ЗКП који је Србији наметнут и који се од свог „почетка“ суочио са оштром критиком скоро целокупне

српске кривичнопроцесне науке и великог дела праксе, пре или касније ће морати да доживи неславан крај.

Када почиње *почетак краја*, или је можда већ (за)почео, то још увек није извесно, али то није и ништа ново када је реч о правним реформама у Србији.

И опет се вреди подсетити оне старе клетве – „дао ти Бог да живиш у интересантним временима”.

Интересантна времена су увек у исто време и веома тешка времена, а реформе су увек „интересантне”, па би у Србији та клетва могла да гласи – „дај Боже да живиш у времену реформи”.

Дакле, реформа реформе српског кривичног процесног права још није започела, а када ће почети, није још увек извесно. Извесно је да ће до те реформе пре или касније доћи, као што код Чехова пиштољ који је на зиду у првом чину драме мора да опали у њеном последњем чину. Први чин је увелико прошао, а видећемо када наступа последњи чин реформе српског кривичног процесног права.

Или, како би се у нешто песимистичнијем тону могло закључити, *ЗКП још није умро, а када ће не знамо.*

Положај јавног у оквиру рефо

ПРАВЦИ ДЕЛОВАЊА

ПРЕДРАГ ЋЕТКОВИЋ

заменик јавног тужиоца
Треће ОЈТ у Београду

Уводне напомене

Анализирајући актуелни положај јавног тужилаштва у оквиру правосудног система, тешко је отети се утиску да јавно тужилаштво представља најслабију карику у првосудном систему. Одређена битна питања која се тичу положаја јавног тужилаштва или уопште нису регулисана, или нису регулисана адекватно. Сходно томе, јавно тужилаштво Републике Србије би свакако морало након предстојећих реформи да добије јасније и боље дефинисан положај, како би могло на прави начин да испуни своје Уставом и законом дефинисане надлежности.

У том смислу, сматрамо да је пре свега потребно ићи у два правца. Прво, неопходно је експлицитно утврдити положај јавног тужилаштва, односно Уставом и законом дефинисати да ли је јавно тужилаштво део правосуђа, односно судске власти, или је оно део извршне власти, и у складу с тим одређењем и дефинисати будући положај јавног тужилаштва. Друго, уколико се тужилаштво јасно одреди као део правосуђа, што сматрамо целисходнијим, неопходно је тако уредити законски оквир да се избегне могућност утицаја друге две гране власти, извршне и законодавне, на функционисање јавног тужилаштва као правосудног органа.

Јавно тужилаштво – део правосудне или извршне власти?

Анализирајући одредбе Устава Републике Србије,¹ може се тек наслутити да је интенција уставотворца била да тужилаштво буде део правосуђа, а не део извршне власти, имајући у виду редослед којим су регулисани органи власти у Републици Србији. Пети део Устава, који носи назив „Уређење власти“, прво регулише положај Народне скупштине Републике Србије, потом следе одредбе о председнику Републике, потом о Влади Републике Србије, државној управи, Војсци Србије, а тек потом иду одредбе о судовима и Високом савету судства, па иза њих одредбе о јавном тужилаштву. Егзегезом места на коме је тужилаштво постављено, односно иза судова, може се извесити закључак да је њему намењено место у оквирима правосуђа.²

1 Службени Гласник РС бр. 98/2006.

2 У континенталној Европи јавно тужилаштво се углавном сматра делом правосуђа, с тим што он не може бити део судске власти из једноставног разлога што јавно тужилаштво није суд, али свакако није адекватно решење да јавно тужилаштво буде део извршне власти. Најбоље решење у Републици Србији било би посматрати јавно тужилаштво као део правосуђа који је функционално одвојен од кривичних судова. Јасмина Киурски, *Начело опортунитета кривичног гоњења* (докторска дисертација), Београд 2015, 29.

Тужилаштва реформе правосуђа

Међутим, није спорно да нигде, ни у Уставу, ни у једном законском или подзаконском акту, није експлицитно одређен положај јавног тужилаштва као дела правосуђа, већ је оно уређено на начин да поседује одређене карактеристике правосуђа, али и одређене карактеристике извршне власти, па попут каквог Буридановог магарца стоји на средокраћу ове две власти, не знајући пут којим да крене и да коначно нађе стазу којом може сигурно да корача у свом напору да извршава задатке које су пред тужилаштво постављени.

Зашто је то тако? Да ли је то неко са намером учинио, како би јавно тужилаштво било хендикепирано у свом раду, или је реч о простом непознавању значаја институције јавног тужилаштва и потребе да му се осигура валидна позиција из које може несметано да обавља задатке које има? На крају крајева, одговор на ово питање није толико важан, колико је важно да се у оквиру будуће реформе правосуђа кроз Поглавље 23 ови недостаци отклоне, и јавно тужилаштво као институција постави на чврсте темеље. Један од основних циљева због којих Република Србије тежи уласку у Европску унију јесте чињеница да она тражи јасно дефинисано уређење институција и њихово стварно функционисање, због чега је си-

гурно да ће се у оквиру реформе институција пре уласка у Европску унију и положај јавног тужилаштва (значајно) мењати.³

У наставку се мора поставити питање какав положај јавног тужилаштва би највише одговарао правном систему Републике Србије? Гледајући уназад, несумњиво је да је јавно тужилаштво у СФРЈ значајно променило свој уставни и законски положај, односно прешло пут од институције која је била уграђена у извршну и законодавну власт, до садашње позиције када је по свему најближе судској власти. Јавно тужилаштво је по окончању Другог светског рата било посебан орган Народне скупштине ФНРЈ са задатком да врши надзор правилног испуњавања закона од стране свих министарстава и осталих њима потчињених управних органа и установа ФНРЈ и народних република, службених лица и свих грађана.⁴ Након Уставног

закона из 1953. године, положај јавног тужилаштва се мења, па од органа Народне скупштине оно постаје орган управе у ширем смислу.⁵

Уколико бисмо узор за будуће решење покушали да тражимо у упоредном праву, наишли бисмо на различита решења. Када су у питању скандинавске земље, у Норвешкој је јавно тужилаштво потчињено краљу, али у пракси ужива потпуну функционалну независност у поступању у предметима.⁶ Са друге стране, у Финској јавно тужилаштво има статус посебног, сасвим издвојеног органа од других органа.⁷ У Шведској је јавно тужилаштво део извршне власти, с тим што је и оно, попут норвешког тужилаштва, функционално самостално.⁸

У принципу, у државама Европе преовладавају две концепције, па тако СР Немачка, Аустрија и Француска имају јавно тужилаштво директно везано за министарство правде. Са друге стране, у Италији је правосуђе у потпуности

жилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2009, 26.

⁵ *Ibidem*, 27.

⁶ Марина Магић Бошковић, *Тужилачки савети и гаранција тужилачке аутономије у државама Западног Балкана*, *Анали Правног факултета у Београду* бр. 1/2017, 172.

⁷ *Ibidem*, 173.

⁸ Peter Asp, *The Prosecutor in Swedish Law*, *Crime & Justice* 141 (2012), 141.

³ Визија модерног јавног тужилаштва била би организација јавног тужилаштва на начин да се спречи да криминал врши било какав утицај на организацију јавног тужилаштва. Јован Крстић, *Организација јавног тужилаштва и њен утицај на обим и ефикасност примене Законика о кривичном поступку (Законик о кривичном поступку и јавно тужилаштво*, Уредник Синиша Лекић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2009, 199.

⁴ Љубиша Драгашевић и др, *Тужилачки и правосудни савети*, Удружење јавних ту-



независно од извршне власти, Уставом Републике Италије је одређено да је тужилаштво део правосуђа, као и да је потпуно независно и одвојено од сваке власти.⁹ У Мађарској, Енглеској и Велсу јавно тужилаштво је у потпуности независно од министарства надлежног за правосуђе и министарство нема могућност давања било каквих инструкција за рад јавном тужилаштву, док у Француској министар надлежан за правосуђе може сменити јавног тужиоца, а јавни тужиоци су подређени министарству надлежном за правосуђе.¹⁰

Неоспорно је да се као централни проблем организације јавног тужилаштва данас поставља одређивање односа јавног тужилаштва према органима извршне власти, у односу на које може бити самостално, или у мање или више подређеном положају. Међутим, чак и када би се изабрао систем подређености извршној власти, јавно тужилаштво би морало да има делатну самосталност, односно могућност да доноси одлуке из своје надлежности без утицаја чинилаца ван тужилачке организације.¹¹

Србија нема традицију по којој јавно тужилаштво представља део

извршне власти. Земље у којима је јавно тужилаштво део извршне власти су државе са стабилном и развијеном демократијом, са демократским традицијама и поштовањем институција. Ове околности, уз утицај медија у свим сферама живота (укључивши и политику и правосуђе), успостављају систем у коме је могућност утицаја на рад тужилаштва минимална, а тужилаштво је заиста у ситуацији да буде самостално и одлуке доноси без спољних утицаја.¹²

Имајући у виду прилике у Републици Србији, свакако би најбоље решење било да се положај јавног тужилаштва јасно одреди као део правосуђа, попут решења у Републици Италији, или да се јавно тужилаштво постави као потпуно самосталан орган, као решење које нуди Финска. Само на тај начин било би могуће уредити положај јавног тужилаштва у Републици Србији на начин да оно не заиста буде само самосталан, него и независан орган попут судова.¹³ На тај начин би јавно тужилаштво заиста могло да остварује функ-

цију органа који има капацитет да објективно води истрагу, без утицаја са стране, и могло би да своју функцију врши стручно, савесно, непристрасно, правично и без одлагања, како то предвиђа чл. 10а Закона о јавном тужилаштву.¹⁴ Наравно, постављање јавног тужилаштва у овакав положај захтева уставне и законске измене којима би се такав положај обезбедио, о чему ће бити више речи у наредном поглављу рада.

Уставно и законско уређење положаја јавног тужилаштва у будућој реформи

Ради разјашњења правца у коме би требало изменити положај јавног тужилаштва, нужно је прво се осврнути на позитивноправно регулисање положаја јавне тужбе. Основни постулат ка коме треба ићи у јасном дефинисању будућег положаја јавног тужилаштва јесте експлицитно означавање јавног тужилаштва као органа правосуђа, како смо то претходно закључили, и ојачавање уставних и законских оквира кроз које би јавно тужилаштво као правосудни орган могло да обавља своју функцију, односно да гони учиниоце кривичних дела и других кажњивих дела, као и да предузима мере за заштити уставности и законитости.

Анализирајући актуелни уставни положај јавног тужилаштва, мора

12 Златко Шуловић, *Актуелни статус јавних тужилаца у Републици Србији (Улога јавног тужиоца у правном систему*, уредник Горан Илић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2010, 323-324.

13 Положај јавног тужиоца потребно је што више приближити положају судије, који је независан, док је јавни тужилац „само“ самосталан, што не представља велику разлику уколико би се његова самосталност схватила као функционална независност. Милан Шкулић, *Утицај уставног положаја носилаца јавнотужилачке функције на улогу јавног тужиоца у кривичном поступку*, Тужилачка реч бр. 29/2015, 27.

14 Службени гласник РС 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, 63/2016 одлука УС.

9 Љубиша Драгашевић и др, 47.

10 Herke Csongor, *The Prosecutor's position in some European countries*, Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs 75 (2015), 80-82.

11 Горан Илић и др, *Положај јавног тужилаштва у Републици Србији и упоредно правна анализа*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2007, 68.

се поћи од одредбе чл. 156 ст. 1 Устава РС, која предвиђа да је јавно тужилаштво самостални државни орган који гони учиниоце кривичних и других кажњивих дела и предузима мере за заштиту уставности и законитости. Атрибут самосталности који стоји као основни квалификатив положаја јавног тужилаштва даље бива елабориран у чл. 5 ст. 2 Закона о јавном тужилаштву, где се појашњава да самосталност у ствари представља забрану сваког утицаја на рад јавног тужилаштва и на поступање у предметима од стране извршне и законодавне власти, коришћењем јавног положаја, средстава јавног информисања или на било који други начин на који може да се угрози самосталност јавног тужилаштва.

Посматрајући наведене одредбе, могао би се *prima facie* извести закључак да је самосталност јавног тужилаштва регулисана на адекватан начин, али даља анализа уставних и законских решења указује да су наведене одредбе у ствари „мртво слово на папиру“, јер начин избора јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, као и начин устројства јавнотужилачке организације, практично поништавају ефекте начела самосталности јавног тужилаштва.

Чл. 158 ст. 1 Устава РС предвиђа да Републички јавни тужилац врши надлежност јавног тужилаштва у оквиру права и дужности Републике Србије, а ст. 2 истог члана предвиђа да Републичког јавног тужиоца, на предлог Владе РС, по прибављеном мишљењу надлежног одбора Народне скупштине,

бира Народна скупштина. Дакле, имамо Уставом предвиђен механизам избора Републичког јавног тужиоца тако што га предлаже извршна власт (Влада Републике Србије), а бира га законодавна власт (Народна скупштина Републике Србије), одакле несумњиво мора да се извуче закључак да извршна и законодавна власт имају директан уплив на избор кључне особе у српском јавном тужилаштву. Надаље, сходно чл. 160 ст. 2 Устава РС, сви јавни тужиоци у Републици Србији одговарају за рад јавног тужилаштва Републичком јавном тужиоцу и Народној скупштини, при чему и све друге јавне тужиоце у Републици Србији, сходно чл. 159 ст. 2 Устава РС, бира Народна скупштина на предлог Владе РС. Нема сумње да је механизам избора јавних тужилаца постављен тако да извршна и законодавна власт могу врло лако да утичу на персонални избор јавних тужилаца, и самим тим да обезбеде да на места јавних тужилаца долазе особе на које ове две гране власти могу да врше утицај, јер су извршна и законодавна власт управо и изабрале те особе да обављају функције јавних тужилаца. Сходно томе, прва ствар која кроз будуће реформе јавног тужилаштва у оквиру Поглавља 23 мора бити измењена у Уставу РС и пратећим законским и подзаконским актима, јесте начин избора Републичког јавног тужиоца и осталих јавних тужилаца у Републици Србији, као и предвидети да се избор врши искључиво од стране Државног већа тужилаца, као органа који би у будућности чинили

пре свега професионалци из јавнотужилачке струке.

У том смеру, нужно је изменити још две ствари. Прво, чл. 159 ст. 5 Устава РС предвиђа да Народна скупштина Републике Србије на предлог Државног већа тужилаца бира за заменика јавног тужиоца лице које се први пут бира на ову функцију. Одавде јасно следи да законодавна власт има у својим рукама директан механизам којим може да утиче и на први избор заменика јавних тужилаца, а први избор је свакако најважнији, јер без њега ни нема доласка на функцију заменика јавног тужиоца. Из тих разлога, требало би изменити Устав РС тако да се дозволи Државном већу тужилаца да врши први избор заменика јавних тужилаца на начин како бира заменике јавних тужилаца на сталној функцији, односно елиминисати законодавну власт из процеса првог избора заменика јавних тужилаца.

Надаље, чл. 164 ст. 3 предвиђа да у састав Државног већа тужилаца улазе Републички јавни тужилац, министар надлежан за правосуђе и председник надлежног одбора Народне скупштине, као чланови по положају, поред осам изборних чланова Државног већа тужилаца. Дакле, и у телу које је дефинисано као самосталан орган који обезбеђује и гарантује самосталност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца у складу са Уставом, налазе се министар правде (извршна власт) и председник Законодавног одбора Народне скупштине (законодавна власт), који имају право да гласају и одлучују о јавним ту-

жиоцима и њиховим заменицима, што би такође требало изменити. Уколико је заиста намера да јавно тужилаштво буде самостално, односно ослобођено утицаја извршне и законодавне власти, о јавним тужиоцима и заменицима јавних тужилаца морали би да одлучују искључиво професионалци из јавнотужилачке струке и других сродних професија, а никако људи који директно партиципирају у другим гранама власти. У том смислу, требало би изменити Устав тако да ова лица не учествују у избору носилаца јавнотужилачке функције, а може им се евентуално дозволити да остану чланови Државног већа тужилаца без права гласа, јер нема сметње да се њихово мишљење чује приликом избора.

Немогуће би било очекивати да се извршна и законодавна власт до краја елиминишу из Државног већа тужилаца, што показује начин уређења тела која бирају јавне тужиоце у европским државама. Тако у Португалу, у коме су по уставним решењима јавни тужиоци у истом рангу као судије, Високи савет јавног тужилаштва има 19 чланова, од којих је 12 из реда струке, док пет чланова бира парламент, а два лица именује министар надлежан за правосуђе.¹⁵ Тужилачки савет у Републици Црној Гори има 10 чланова, од којих је само један представник Министарства правде, али све чланове Тужилачког савета именује Скупштина.¹⁶ У Републици Македонији Тужилачки савет има

9 чланова, од којих је седам из струке, а два члана именује Влада на предлог министра надлежног за правосуђе.¹⁷ Дакле, без обзира што је тешко очекивати да ће у оквирима будуће реформе јавног тужилаштва моћи да се формира Државно веће тужилаца чији је персонални састав искључиво формиран од људи из струке, реформа би требало да иде у правцу минимализације улоге представника извршне и законодавне власти у том телу, чиме би се омогућило да „струка бира струку“, и допринело би се објективизацији при избору носилаца јавнотужилачке функције.

Закључна разматрања

Као једна од важнијих замерки које теорија износи на рачун ЗКП-а из 2011. године,¹⁸ истиче се чињеница да је јавно тужилаштво према Уставу потчињено извршној власти, а ЗКП на њега преноси овлашћења независног судског органа у истрази.¹⁹ Заиста, тешко је очекивати да јавни тужиоци који трпе утицаје извршне власти могу самостално да поступају. Мора се довести у питање исправност давања толиких прерогатива у истрази државном органу који не може самостално и без утицаја да

обавља функцију коју има. Зато се не сме оставити да носиоци јавнотужилачке функције остану препуштени личном интегритету и савести у настојањима да се одупру утицају извршне власти, већ је нужно системски уредити ову област.²⁰

Много је ствари које би у оквиру реформе положаја јавног тужилаштва требало уредити другачије, а ми смо се у оквирима овог рада задржали само на две ствари које смо сматрали базичним. Могло би се закључити да би кроз будуће реформе требало положај тужилаштва уредити тако да оно јасно буде одређено као део правосуђа, са једне стране, и изменити уставне и законске норме које се тичу начина избора јавних тужилаца и њихових заменика, што би били само почетни кораци у правцу стварања заиста самосталног јавног тужилаштва, које може да одговори задацима који се пред њега постављају. Друга питања која би требало уредити, попут начина унутрашњег уређења јавног тужилаштва, терминологије носилаца јавнотужилачких функција и многе друге ствари које би требало дру-

20 У теорији има мишљења да би, због хипертрофираних овлашћења које по ЗКП-у из 2011. године тужилаштво има (спроводи истрагу, одлаже кривично гоњење, закључује споразуме о признању кривичних дела и др.), а која јавно тужилаштво приближавају квази судским овлашћењима, требало изричито предвидети да се јавно тужилаштво одреди као независан орган, а не само самосталан. Милица Колаковић Бојовић, *Положај јавног тужилаштва у Републици Србији – у расцепу између статуса и функције*, Тужилачка реч бр. 29/2015, 33.

15 Љ. Драгашевић и др, 54-55.

16 *Ibidem*, 62-63.

17 *Ibidem*, 71.

18 Службени гласник РС бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014.

19 Снежана Бркић, *Неусклађеност Законака о кривичном поступку Србије из 2011. године са другим прописима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 3/2014, 177.

гачије решавати, могле би да дођу на дневни ред тек када се претходна два питања реше на адекватан начин, и тиме ударе темељи јавног тужилаштва као државне институције која ће бити у служби грађана, а никако у сенци извршне и законодавне власти.

ЛИТЕРАТУРА

Asp, Peter, *The Prosecutor in Swedish Law*, Crime & Justice 141 (2012)

Бркић, Снежана, *Неусклађеност Законика о кривичном поступку Србије из 2011. године са другим прописима*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду бр. 3/2014

Драгашевић, Љубиша и др, *Тужилачки и правосудни савети*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2009

Илић, Горан и др, *Положај јавног тужилаштва у Републици Србији и упоредно правна анализа*, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2007

Киурски, Јасмина, *Начело опортунитета кривичног гоњења* (докторска дисертација), Београд 2015

Колаковић Бојовић, Милица, *Положај јавног тужоца у Републици Србији – у расцепу између*

статуса и функције, Тужилачка реч бр. 29/2015

Крстић, Јован, *Организација јавног тужилаштва и њен утицај на обим и ефикасност примене Законика о кривичном поступку (Законик о кривичном поступку и јавно тужилаштво*, Уредник Синиша Лекић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2009

Матић Бошковић, Марина, *Тужилачки савети и гаранција тужилачке аутономије у државама Западног Балкана*, Анали Правног факултета у Београду бр. 1/2017

Csongor, Herke, *The Prosecutor's position in some European countries*, Studia Iuridica Auctoritate Universitatis Pecs 75 (2015)

Шкулић, Милан, *Утицај уставног положаја носилаца јавнотужилачке функције на улогу јавног тужоца у кривичном поступку*, Тужилачка реч бр. 29/2015

Шуловић, Златко, *Актуелни статус јавних тужилаца у Републици Србији (Улога јавног тужоца у правном систему*, уредник Горан Илић), Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд 2010

Истраживање Процена политичког утицаја на вођење истраге

УДРУЖЕЊЕ ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА И ЗАМЕНИ- КА ЈАВНИХ ТУЖИЛАЦА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца је уз подршку Фондације за отворено друштво спровело пројекат „Улога полиције у истрази и утицај на руководећу улогу тужилаца“. Циљ пројекта је усмерен на стављање фокуса на недостатке у сарадњи полиције и јавног тужилаштва у спровођењу кривичног поступка.

Једна од кључних области значајних како за грађане, тако и за јавно тужилаштво, јесте постојање ефикасног и правичног кривичног поступка. Након увођења тужилачке истраге 2013. године, јавни тужилац добио је кључну улогу у вођењу кривичне истраге. Полиција и други државни органи који учествују у истражном поступку дужни су према члану 44. ЗКП-а да поступе по сваком захтеву јавног тужиоца.

У протеклом периоду, неколико случајева истраге ставило је под знак питања овај однос сарадње између тужилаштва и полиције. Тужилачка истрага даје много већа овлашћења јавном тужиоцу, а полиција је дужна да се понаша у складу са законом. Према Законику о кривичном поступку, полиција мора поштовати овлашћења тужиоца који управљају истрагом, али и полицијом и другим државним органима који при-

купљају доказе или на други начин учествују у истражним радњама. Ова веза полиције и тужилаштва није довољно јака. Тужилаштво води истрагу, али чак и када нареди спровођење предистражног поступка или спровођење неке доказне радње, оно нема ефективну контролу над полицијом у смислу одређивања начина на који ће полиција спроводити наредбу, као и колико дуго ће трајати поступак полиције.

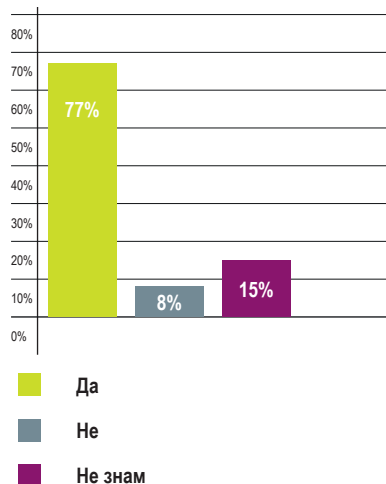
Методологија за процену политичког утицаја на вођење истрага развијена је у току пројекта, а идеја да се на основу вишедимензионалне процене утврди да ли је тужилачка истрага остварила сврху и циљ због којег је уведена или је на овај начин угрожена независност вођења кривичног поступка, тако што се отвара могућност за непримерене утицаје на рад јавних тужилаца који немају исте гаранције независности као што су имале истражне судије, као ни самосталност у раду, имајући у виду хијерархијску структуру јавног тужилаштва.

Радна група Удружења тужилаца припремила је упитник који је достављен заменицима јавног тужиоца, како би се обезбедила анонимност приликом попуњавања. Удружењу је достављено 87

попуњених упитника, што се може сматрати репрезентативним узроком, јер представља око 20% заменика јавних тужилаца у Србији.

Резултати истраживања су индикативни и указују да заменици јавног тужиоца у великом броју сматрају да постоји ризик од политизације рада полиције у предистражном поступку. Наиме, 77% заменика јавног тужиоца сматра да сходно прописима који уређују начин управљања криминалистичком полицијом, постоји опасност политизације њиховог рада, док само 8% сматра да те опасности нема. Забрињава чињеница да 15% заменика не зна да ли постоји ова опасност, односно нема став о овом питању.

1. Да ли сматрате да, сходно прописима који уређују начин управљања криминалистичком полицијом, постоји ризик од политизације рада полиције у предистражном поступку?



Алармантна је чињеница да је скоро 80% заменика јавног тужиоца поступајући у предметима некада осетило да је под утицајем политичара. 20% заменика изјавило је да никада нису осетили да су под утицајем политичара док су поступали у предметима. Према ставовима тужилаца, извори утицаја су различити. Тако се 44% заменика изјаснило да је у неком од њихових предмета постојао медијски притисак за који сумњају да иза њега стоји политика или нека интересна група, док је 34% заменика изјавило да се дешава да хијерархијски надређени неформално сугеришу начин на који треба да поступи.

2. Да ли поступајући у предметима некада осећате да сте под утицајем политичара, а да нисте потпуно сигурни да ли тај утицај постоји?



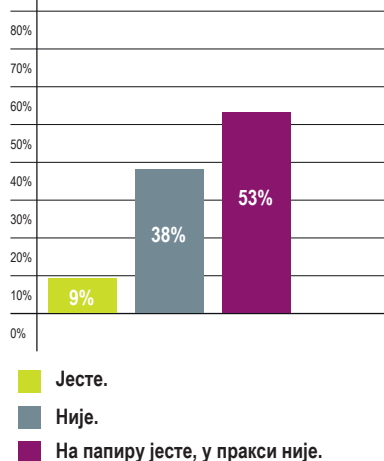
Одговори на питање начина вршења притиска указују да је неопходно изменити хијерархијску структуру у јавном тужилаштву, као и обезбедити да не постоји политички утицај приликом избора руководиоца јавних тужилаштва. Наиме, готово половина зменика јавног тужиоца је изјавила да се утицај најчешће спроводи преко шефа или хијерархијски надређеног, док трећина сматра да се тај утицај јавља путем медија.

3. Уколико утицај постоји, на који начин се он најчешће спроводи (можете заокружити више од једног одговора)?



Јавни тужиоци су подељеног става када се говори о уставним гаранцијама независности. Нешто више од половине заменика сматра да је Уставом прокламована самосталност јавних тужилаца довољна гаранција самосталности у поступању, али да се у пракси показује као недовољна. Нешто више од трећине заменика сматра да прокламована самосталност не представља довољну одбрану од утицаја политике. Ови ставови су веома битни за будуће измене Устава и указују на нужност јачања гаранција самосталности, ако не и увођење гаранција независности, сличних судијској.

4. Да ли је Уставом прокламована самосталност јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца довољна гаранција самосталности у поступању и брани од политике?



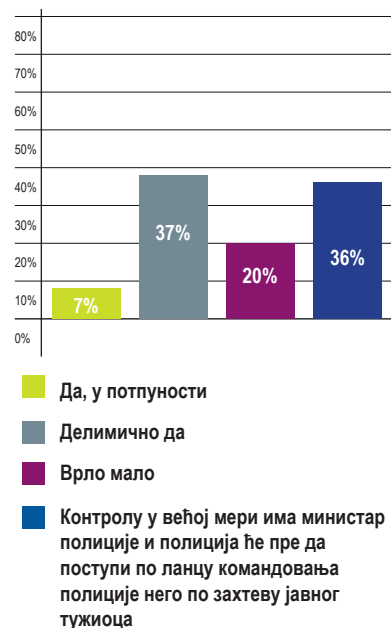
Половина испитаних заменика јавног тужиоца је некада била у ситуацији да политичар на власти коментарише предмет на којем су радили. Скоро четвртина заменика која се нашла у тој ситуацији је изјавила да их таква ситуација узнемири и да почну да размишљају о томе како ће се интерес политике за предмет на којем ради одразити на његову каријеру.

5. Како сте се осећали у ситуацији када неки министар или политичар (од локалног до републичког ниова) на власти коментарише предмет чији сте ви обрађивач, при том сугеришући посредно или непосредно исход предмета?



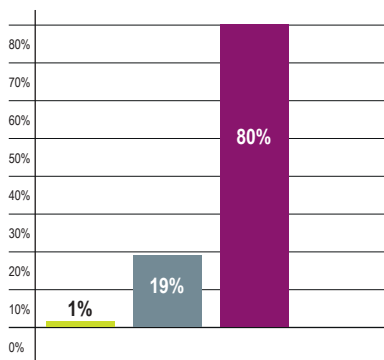
Више од половине испитаних заменика сматра да јавни тужиоци немају контролу над полицијом у предистражном поступку, односно 20% њих сматра да јавни тужиоци имају врло мало контроле, а 36% њих сматра да контролу у већој мери има министар унутрашњих послова и да ће полиција пре поступити по ланцу командовања полиције, него по налогу јавног тужиоца. Чињеница да само 7% заменика тужиоца сматра да јавни тужиоци имају контролу над полицијом у предистражном поступку указује на нужност измене прописа којима се уређује овај део кривичног поступка, као и прописа којима се уређује рад јавног тужилаштва и рад полиције, како би се укинуле одредбе о двоструком командном ланцу.

6. Да ли јавни тужиоци имају контролу над полицијом у предистражном поступку?



Већина јавних тужилаца, њих 80%, сматра да министар унутрашњих послова не би требало да даје изјаве поводом предистражног поступка, већ да би то требало да чини јавни тужилац. Ови подаци указују да се ситуација међу јавним тужиоцима мења и да су они спремни да комуницирају са јавношћу када су у питању предмети на којима раде, као што то чине њихове колеге у другим европским државама.

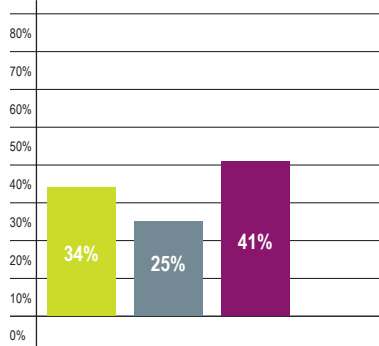
7. Да ли мислите да министар полиције треба да даје изјаве поводом предистражног поступка?



- Да, апсолутно има право, јер то је првенствено рад полиције.
- Некада можда треба, а некада и не. Зависи од случаја.
- Не, предистражним поступком руководи јавни тужилац и једино он треба да има сазнања о току предистражног поступка. Стога, јавни тужилац треба да даје изјаве.

Више од 40% заменика се нашло у ситуацији да полиција не жели да поступи по налогу заменика јер је добила супротан налог од свог надређеног у ланцу командовања полиције. Забрињава податак да се овако велики број заменика нашао у наведеној ситуацији и указује на неразумевање руководства полиције о руковођењу предистражним поступком. Додатних 25% заменика се није лично нашло у оваквој ситуацији, али су чули од колега да су били у ситуацији када полиција није хтела да поступи по налогу заменика. Охрабрује чињеница да се трећина заменика никада није нашло у наведеној ситуацији нити лично, нити је чуло од колега.

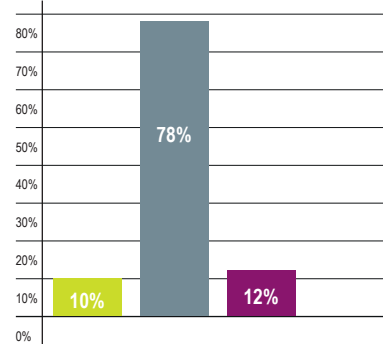
8. Да ли се у вашој пракси десило да полиција не жели да поступи по налогу заменика јавног тужиоца зато што је добила супротан налог од свог надређеног у ланцу командовања полиције?



- Нисам се сусрео/ла са том ситуацијом.
- Нисам се лично сусрео/ла, али сам чуо/ла да су се такве ситуације дешавале.
- Да, дешавале су се такве ситуације.

Тужиоци су скоро једногласни да је неопходно унапредити механизме које пружа Законик о кривичном поступку, а који се тичу одговорности полицијских службеника за непоступање по налогу јавног тужиоца. Само 10% заменика сматра да су постојећи механизми делотворни, док 12% нема став по овом питању.

9. Да ли мислите да су механизми које пружа ЗКП, а који се тичу одговорности полицијских службеника за непоступање по налогу јавног тужиоца, делотворни?

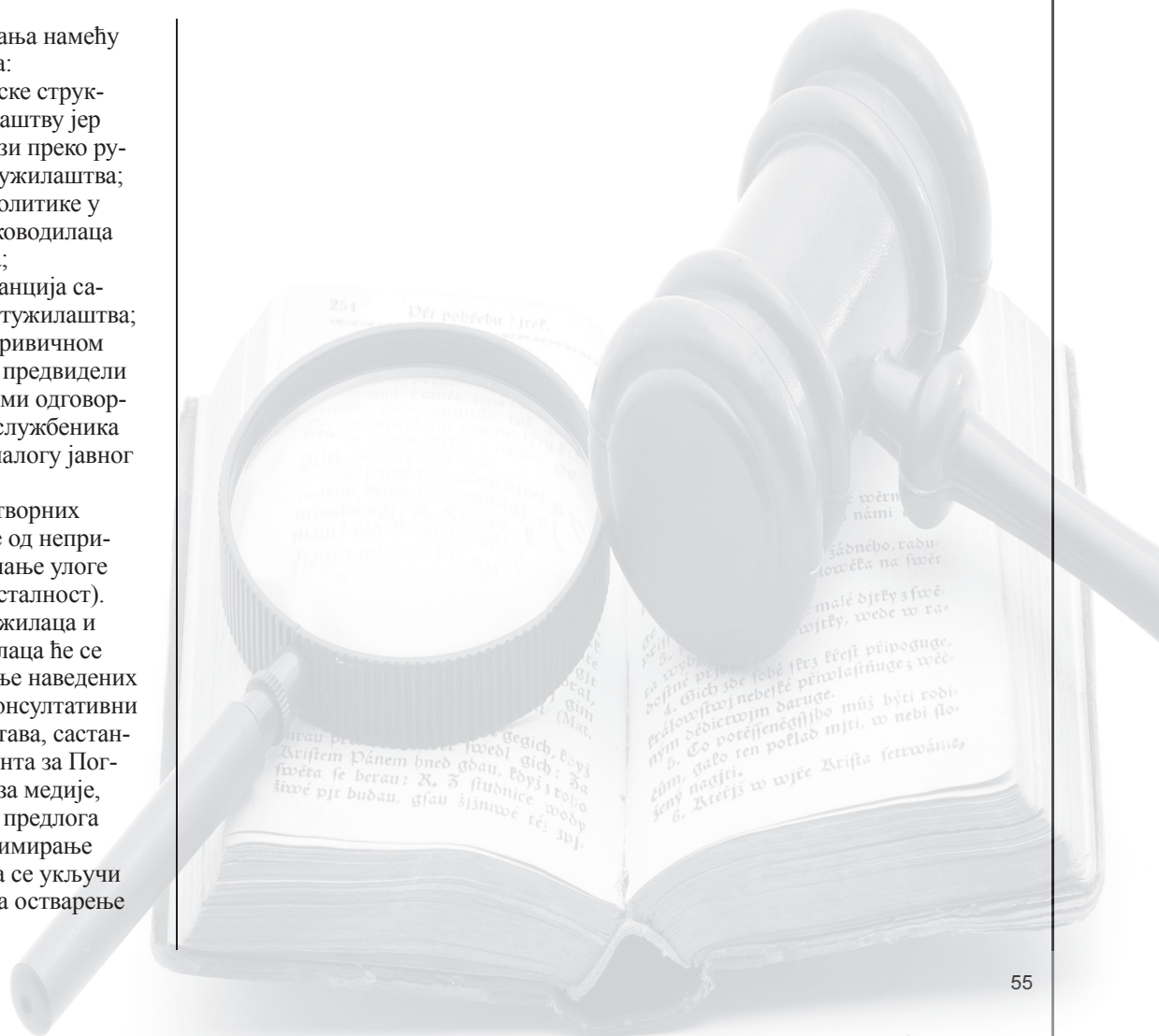


- Мислим да јесу.
- Мислим да нису и да их је потребно унапредити.
- Не знам.

Резултати истраживања намећу неколико нужних мера:

- слабљење хијерахијске структуре у јавном тужилаштву јер већина утицаја долази преко руководиоца јавних тужилаштва;
- уклањање утицаја политике у поступку избора руководиоца јавних тужилаштва;
- јачање уставних гаранција самосталности јавног тужилаштва;
- измене Законика о кривичном поступку како би се предвидели делотворни механизми одговорности полицијских службеника за непоступање по налогу јавног тужиоца;
- успостављање делотворних механизма заштите од непримерених утицаја (јачање улоге Повереника за самосталност).

Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца ће се залагати за остваривање наведених препорука и то кроз консултативни процес о изменама Устава, састанке Националног конвента за Поглавље 23, саопштења за медије, припрему конкретних предлога за измену прописа, анимирање грађанског друштва да се укључи у процес заговарања за остварење наведених препорука.



The Portuguese Service and

A model of assistance and functional

JOSE RIBEIRO DE ALBUQUERQUE

SMMP (Sindicato dos
Magistrados do Ministerio Publico)

I - CHARACTERIZATION OF THE PORTUGUESE PUBLIC PROSECUTION SERVICE:

1. In the Portuguese constitutional system, the Public Prosecution Service is a body belonging to the judicial branch. This means that the Public Prosecution Service forms part of the court and as such participates in the administration of justice as a function of sovereignty. It is not a Government body, but a body that serves the administration of justice on behalf of the People. It is not administrative in nature, but rather judicial or judicatory.

2. As a result of this nature, it has been vested with the powers of independence and autonomy with regard to other State powers. This independence and autonomy also applies in relation to the judiciary (from which the Public Prosecution Service is institutionally and functionally separate).

3. The autonomy of the Public Prosecution Service is enshrined in Article 219 of the Portuguese Constitution. The Public Prosecution Service also has its own statute and it is by means of this statute that this autonomy is determined in organizational and institutional terms.

a. Unlike judges, Public Prosecutors are accountable and subject to a hierarchy. This means that, in accordance with their statute, Public Prosecutors are accountable for the discharge of their duties and for complying with the directives, orders and instructions they receive. The hierarchy consists of the subordination of Public Prosecutors to those who are senior to them in rank and by their resulting obligation to adhere to the directives, orders and instructions they are given.

b. The appointment, assignment, transfer, promotion and disciplining of Public Prosecutors is the responsibility of the High Council of the Public Prosecution Service, while the hierarchical command of Public Prosecutors falls, at the highest level, to the Prosecutor-General.

4. Allowing the Public Prosecution Service to have its own statute and autonomy and to be separate from the judiciary, gives logical coherence to a model of criminal procedure with an accusatory structure. Indeed, this is enshrined by the Portuguese Constitution, which requires that those who investigate and accuse are separate from those who hear and decide.

Public Prosecution the Police

dependency in criminal investigations.

5. Autonomy also implies financial and resource management autonomy. However, the Portuguese system has not yet progressed to this point as the functioning of the Public Prosecution Service still depends on the state budget.

6. It is the responsibility of Public Prosecutors, in particular and chiefly, in accordance with the Constitution and their own statute, to conduct criminal proceedings and to defend democratic legality. In addition to this power, they are also responsible for representing people lacking legal protection, such as minors, young people or workers and their families, the defence of collective and diffuse interests (for instance those regarding the environment, public health or consumers) and also for monitoring the constitutionality of laws and of legality.

7. The Constitution of the Portuguese Republic has also empowered the Public Prosecution Service with functions of participation in the implementation of criminal policy defined by the bodies that exercise sovereign power (the responsibility of the Assembly of the Republic upon proposal of the Government).

a. This function of participating in the implementation of criminal

policy is not attributed to police bodies with investigative functions, namely to the Judicial Police. Criminal investigations carried out by the police are not separate from but a part of criminal proceedings, which the Public Prosecution Service is responsible for directing. This being the case, the police are secondary in the fulfilment this function, as they are bodies that only assist the Public Prosecution Service in implementing criminal policy.

b. It could be argued that Criminal Policy Laws provide political authorities with ways of interfering with the Public Prosecution Service's autonomy, since they establish obligations of priority and of effectiveness in investigations and in the conduct of criminal proceedings as concerns certain criminal phenomena. This can result in some confusion between the role of police bodies and that of Public Prosecutors. This risk is real, for the same priorities also fall on the police and they may consider - and there are those who do - that they can initiate investigations before Public Prosecutors have been notified of the crime. The risk is that the police may take on a greater role than was intended (the "polici-

fication" of the proceedings) that is allied with a grey area that has to do with the separation between crime prevention and crime repression. We'll leave this issue for the discussion.

II – THE CONDUCT OF CRIMINAL PROCEEDINGS BY THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE

8. As we have already mentioned, it is the Public Prosecution Service that is responsible for conducting penal proceedings, that has exclusive dominion over the conduct of criminal proceedings. It is only in this way, that the independence and autonomy the Constitution has assigned to it, as a body of the judicial branch, can be established.

a. The conduct of criminal proceedings is aimed at repressing crime, which is the exclusive responsibility of the courts, but it is the Public Prosecution Service, as a judicial authority, that has dominion over the inquiry stage and the criminal investigation. This means that criminal investigations and the conduct of criminal proceedings belong to and are always carried out in judicial procedures. This is where the legitimacy of the Public

Prosecution Service as a body of the judicial power is consolidated and it is here that the investigation and direction of the inquiry by the Public Prosecution Service takes place, whether it is in receiving notification of the crime, or in carrying out or not carrying out the inquiry and investigations.

- b. The purpose of the investigations and of the inquiry directed by the Public Prosecution Service is to collect evidence (called *indícios*) of fact and of the guilt of perpetrators that, if sufficient, require the Public Prosecutor to lay charges and to support them in the subsequent pre-trial examining stage (*instrução*) and trial. As a consequence of the principles of legality and objectivity, it is also the Public Prosecutor's responsibility, to appeal judicial decisions, even when they are unfavourable to the defendant. Furthermore, when convictions are secured, Public Prosecutors must promote the enforcement of the sentence or of the security measures imposed.
- c. This function is guided by the principle of legality. To that extent it is not subordinate to the idea of administering justice in accordance with objectives, whether they be the obtainment of convictions or agreements, as in other systems. This means that Public Prosecutors can and should prescribe acquittals when it is in the interest of justice. This is what is meant when it is said that their action is governed by the principle of objectivity. In criminal proceedings, Public Prosecutors are required by both the principle of legality and the principle of objectivity to defend and guarantee the fundamental rights

and freedoms of citizens, whether they may be suspects, investigators, defendants or victims; and this duty cuts across the implementation of criminal policy, the criminal investigation and the conduct of criminal proceedings.

III - THE CONDUCT OF CRIMINAL PROCEEDINGS, THE CRIMINAL INVESTIGATION AND THE POLICE - THE FRAMEWORK OF POLICE ASSISTANCE IN THE INQUIRY DIRECTED BY THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE

9. In conducting criminal proceedings and exercising the power to participate in the implementation of criminal policy, as well as in criminal investigations, the Public Prosecution Service is assisted by the Police bodies that in Portuguese Criminal Procedure are referred to as Criminal Police Bodies (*Órgãos de Polícia Criminal - OPC*). This title does not have an entirely institutional sense, but rather is understood to relate to an activity that can be carried out by any police body as long as it is dedicated to criminal investigations, after the notification of the crime has taken place.

10. Whether in the area regarding the implementation of criminal policy (the aim of which is to prevent certain criminal phenomena), the immediate response to the crime committed, which is the police's privileged area of intervention, or the institutional and judicial response to crimes that are known or reported, the Public Prosecution Service intervenes fully and exerts its action and competence. Accordingly it has powers of control over police action.

11. This means that, when a crime is verified, the Public Prosecution Service is vested with the power to conduct criminal proceedings. After the crime has been notified, the decision to open the inquiry falls within the exclusive competence of the Public Prosecution Service. The subsequent command of the investigation is also a power of Public Prosecutors who are responsible for directing investigations and inquiries. All investigative measures are their responsibility and must be determined by them. The police or the OPCs must carry out the investigative measures determined by the Public Prosecutor. Decisions on the merit and legality of the investigations carried out and that will be carried out by the OPCs are the exclusive responsibility of the Public Prosecutor. When investigative measures can in any way restrict rights or freedoms, this decision on merit and legality also fall to the Examining Judge (*Juiz de Instrução*) as the *juge des libertés*.

12. That is to say, the intervention of the Public Prosecutor does not occur only after the criminal investigation has been carried out by the OPC. Instead, it gives rise to and is contemporaneous with the criminal investigation that the OPCs carry out and implies effective guidance and direction with regard to the criminal investigation. It is not just a matter of coordinating police activity. Rather, it is about ordering their investigative activity.

13. The effective and direct management of investigations and of inquiries¹ presupposes that the Public

¹ Article 263. Direction of the inquiry_1 - The inquiry is directed by the Public Prosecutor, assisted by criminal police bodies. 2 - For the purposes of paragraph 1 above, criminal

Prosecutors may supervise the way in which investigations are carried out and includes the power to take over responsibility for the proceedings at any time, the power to request information on the progress of investigations, the power to give concrete instructions, the power to decide on the means of obtaining evidence, be they by means of the examination of witnesses or others, the collection of criminal information – all in order to decide whether to charge, whether to close the case or whether to opt for the regimes of opportunity and consensus. If solutions of opportunity and consensus are chosen, the criteria of opportunity or plea-bargaining / guilty plea are never discretionary in criminal proceedings as they are in the American system. The limit is always that of the valid legal order, of legality and objectivity. This means that it is the submission to the Law that characterizes the procedural direction of the investigation by the Public Prosecution Service, without any interference of direct or indirect orders or instructions from the political establishment, whether they emanate from the Minister of Justice or not.

IV – MODEL OF COLLABORATION BETWEEN THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE AND THE CRIMINAL POLICE IN CRIMINAL INVESTIGATIONS.

14. In the relationship between Public Prosecutors and the Police in the criminal investigation, the principle of assistance and the Police's obligation to assist the Public Prosecutor

police bodies act under the direct supervision of the Public Prosecutor and under his functional direction.

applies. This is what is called the functional dependency of the criminal police bodies (OPCs) on the Public Prosecution Service in the inquiry stage.²

15. However, the hierarchical organization of the police - that is not organically dependent on the Public Prosecution Service, but on the government - imposes limits on this relationship. The Public Prosecutor's Association (SMMP) has already proposed changes to this and there are systems, such as the Italian one, where the police are more directly dependent on the Public Prosecution Service.

16. In any case, in the Portuguese example, the concept of functional dependency has been understood by the legal literature as the strict delimitation of competences between the police and Public Prosecutors, by which the latter direct and the former carry out investigative tasks. Only in this way is it possible to give useful substance to the autonomy of the Public Prosecution Service. In other words, even if the OPCs are administrative police and have their

² Articles 55, 56 and 263 of the Code of Criminal Procedure state that:

Article 55. Powers of the criminal police bodies: 1 – The criminal police bodies are responsible for assisting the judicial authorities in order to achieve the purposes of the procedure. 2 – It is the criminal police bodies' responsibility, even on their own initiative, to receive notifications of crimes and, as far as possible, to prevent their consequences, discover the perpetrators and to carry out all necessary and urgent acts required to safeguard the evidence. Article 56. Orientation and functional dependency of the criminal police bodies: Within the limits of paragraph 1 of the preceding Article, the criminal police bodies act, in the proceedings, under the direction of the judicial authorities and their functional dependency.

own organizational autonomy and hierarchy, "when they act in criminal proceedings they are, from that point on, under (the command of) the judicial authority and not under orders of the hierarchy to which they belong."³

17. Functional dependency has ensured that criminal investigations are not in the hands of the police and that the accusatorial structure as well as the responsibility for the investigation is safeguarded and belongs entirely to a judicial authority, the Public Prosecution Service.

18. On the other hand, the useful sense of the concept of functional dependency presupposes that the collaborative relationship between the Public Prosecution Service and the OPCs develops within a framework of trust, less bureaucracy, greater simplification and cooperation, which are necessary to ensure the functioning the criminal investigation system. It is, therefore, a model of unitary cooperation, having regard to the objectives of criminal procedure.....

19. The model can thus be summarized as follows: (1) the command of the investigation falls to the Public Prosecution Service and it is within criminal proceedings and criminal procedure; (2) no police body has absolute or exclusive powers of criminal investigation, since these powers fall to the Public Prosecution Service; (3) operational coordination between the Public Prosecution Service and the criminal investigation police, who have technical and tactical autonomy regarding the measures

³ Cunha, José Manuel Damião da. *O relacionamento entre autoridades judiciais e polícias no processo penal. I Congresso de processo penal.* Coimbra: Almedina, page 99 and following.

for implementing the investigation, are under the authority of the Public Prosecution Service; (4) it is the Public Prosecution Service's responsibility to determine what criminal investigation procedures the police should carry out.

V - RECONCILING THE CRIME PREVENTION FUNCTIONS OF THE POLICE AND THEIR ORGANIC AND ADMINISTRATIVE AUTONOMY WITH THE FUNCTIONAL DEPENDENCY OF THE POLICE AND THE ACCOUNTABILITY OF THE PUBLIC PROSECUTION SERVICE FOR THE DIRECTION OF THE INQUIRY.

20. We may now ask the following: How do we reconcile what is seemingly irreconcilable? That is to say, how does the actual autonomous and independent power of direction of the inquiry take shape and how can this direction and the functional dependency of the police in the course of investigations be combined with the organic and hierarchical structure of the Police, who are dependent on the government and who also have crime prevention functions?

21. It is important to begin by stating the obvious: Criminal investigations do not have to be conducted materially by the Public Prosecution Service since this activity requires the mastery of techniques, knowledge of strategic variables and the availability of resources that prosecutors, as a rule, do not have. They can be carried out by means of a model of organic dependency of the police in relation to the Public Prosecution Service, or by means of a model of organic autonomy and functional dependency. More often than not,

historical idiosyncrasies or national specificities are what explain the choice of one model over another.

22. We have already seen that the Portuguese Code of Criminal Procedure establishes that the OPCs are responsible for assisting the Public Prosecution Service. In any case, the OPCs preserve their hierarchical, administrative and disciplinary organization, as well as their technical and tactical autonomy, which are necessary in order to properly conduct investigations and to achieve the objectives of the criminal procedure.

23. There are two aspects that should be distinguished here: that of the police in the administrative sense and of the police in the judicial sense. It is as judicial police that the OPCs carry out criminal investigation tasks. In the administrative dimension they implement preventive measures, of a public nature that are based on notions of the assessment of some social harm.

24. It is as judicial police that the OPCs act under the functional dependency of the Public Prosecution Service. This subordination does not prevent the police from carrying out procedural acts by means of their own powers regarding preventive and police measures provided for by the Criminal Procedure Code. However, a judicial authority must validate such acts for them to be considered procedurally relevant. In pursuing the public interest of achieving justice, these acts also have to observe the principle of legality and proportionality, necessity, subsidiarity and urgency.

25. Assistance covers preventive and police measures as well as investigative activity determined or delegated by the Public Prosecution Service. In both cases, all police activity is

subject to procedural assessment by the Public Prosecutors. In the case of preventive measures, the link is less strong because the assessment is done *a posteriori*. In the case of the delegation of tasks the link is a command because the inquiry is the Public Prosecution Service's responsibility. This command translates into the permanent and continuous power to issue directives regarding the investigative activity. The Public Prosecution Service monitors and guides the investigation and the OPCs must comply with their duty to inform.

26. It is the interface between direction and functional dependency that determines how collaboration and assistance between the police and the Public Prosecution Service are defined. It is only at the level of criminal procedural functions that direction and functional dependency are justified and gain meaning, distinct from any organic aspects. Functional subordination is therefore different from hierarchical subordination.

27. Within the framework of the functional dependency model, where the Public Prosecution Service has overall command, Public Prosecutors must, nevertheless, respect the organic and administrative structure of the OPCs. They superintend police activity in the context of the proceedings and only in the proceedings. This means that the Public Prosecution Service may: (1) require immediate notification of the crime⁴ and the respective reports regarding any preventive and police measures carried out by the OPCs⁵; (2) take over the proceedings at any time and hand

4 Articles 243 (3) 245 and 248 of the Code of Criminal Procedure and Article 2 (3) of the Criminal Investigation and Organisation Act (LOIC) - Law no. 49/2008, of 27 August

5 Articles 248 - 253 of the Code of Criminal Procedure



them over, if necessary, to another OPC⁶; (3) issue directives, orders and instructions on the procedural form for carrying out the criminal investigation, determining the undertaking of acts and steps⁷; (4) assess the outcome of the investigations, taking any initiatives deemed necessary⁸; (5) monitor, at all times, the manner in which the investigation is carried out by the OPCs⁹.

28. It is therefore important here to clarify the concepts of technical autonomy and tactical autonomy of the police in the scope of criminal investigation and within the framework of functional dependency.

29. The concepts of technical and tactical autonomy are defined in Article 2 (6) of the Criminal Investigation and Organisation Act (*Lei de Organização da Investigação Criminal - LOIC*) which states that “technical autonomy is based on the use of an appropriate body of knowledge and methods of action and tactical autonomy consists of the choice of the appropriate time, place and manner for carrying out acts corresponding to the exercise of the legal tasks of the criminal police bodies.”³⁰ Technical autonomy thus enables the OPC to define the appropriate methods for implementing specific procedural acts, taking into account the type of criminal investigation under way and

6 Articles 263 of the Code of Criminal Procedure and Article 2(7) of the Criminal Investigation and Organisation Act.

7 Article 1 (1)(c), 53 (2)(b) 262, 263 and 270 of the Code of Criminal Procedure and Article 2 (7) of the Criminal Investigation and Organisation Act.

8 Articles 248, 251 (2), 253 and 259 (b) of the Code of Criminal Procedure.

9 Article 2 (7) of the Criminal Investigation and Organisation Act and Articles 263, 53 (2) (b) and 270 of the Code of Criminal Procedure.

the objective and subjective nature of the proceedings.

31. Tactical autonomy, on the other hand, enables OPCs to choose the material resources, the action strategy and the logistical and operational resources that, in their assessment, are the best and most effective for the complying with the procedural acts and information issued by the Public Prosecution Service.

32. Safeguarding the organizational autonomy of the OPCs is necessary to ensure that they can effectively exercise their duties. Thus, in our model of relations between the police and the Public Prosecution Service it offers a means for the police to ensure their internal cohesion and discipline. As a result, Public Prosecutors, in the context of their power to conduct inquiries and investigations, should not interfere in organic and functional issues of the police. Accordingly, Article 2 (5) of the Criminal Investigation and Organisation Act prevents Public Prosecutors from deciding which police officer would be best placed to investigate a particular case, by establishing that officers who investigate or practice acts delegated by the judicial authority are selected by the OPC hierarchy to whom the investigation has been handed.

33. Acknowledging the autonomy of investigative police, on a technical level, also mean recognising that criminal investigations presume the mastery of specific expertise and skills and involve aspects that may not be provided for by the procedure. For example, the information component, on which the success of the criminal investigation depends heavily, is structurally a police activity, linked to the preventive activity of

the police. Such autonomy has, therefore, an instrumental function in relation to evidence and implies accepted methods, means and techniques that, avoiding judicial control, have their place in police practices.

34. Tactical autonomy does not mean free opportunity in the conducting of an investigation. Since criminal investigations are activities carried out within a judicial framework and shaped under the control of the Public Prosecution Service – guided by criteria of legality – the understanding of the concept of tactical autonomy excludes parameters of opportunity and convenience as reasons to condition the start of investigations or the carrying out of preliminary steps.

35. Thus, it should be remembered that the autonomy of the OPCs observes principles of action, namely principles of legality, proportionality, public interest, good faith, equality and institutional loyalty. Admitting the criteria of opportunity, even if not explicit, would strike at the essential core of such guiding principles of criminal procedure, especially the principle of equality, weakening the independence of the courts and the role of the prosecution in the context of the investigation.

36. In conclusion: In the Portuguese constitutional and legal framework, the Public Prosecution Service commands the investigation, a command that must be effective. To this end, it must know how to properly manage the functional dependency and duties of assistance of the OPCs, in a concerted and collaborative way, while at all times maintaining its respective procedural direction. It must assert its dominion over the criminal investigation, through respect for the police hierarchy and prevent the investiga-

tion from becoming a discretionary police activity, which is not sustainable in a State governed by the rule of law that enshrines the independence and autonomy of the judiciary and of the Public Prosecution Service.

VI - ISSUES AND PRACTICAL DIFFICULTIES OF THE PORTUGUESE MODEL:

37. It is not enough to proclaim that the Public Prosecution Service is autonomous. There must be practical guarantees and institutional solutions that make this autonomy effective and coherent and reduce the risks of the politicization and “policification” of criminal investigations.

38. There are basically two risks that are inherent to this functional dependency model: (1) The lack of organic and administrative powers over OPCs prevents the Public Prosecution Service from being able to choose the appropriate police for certain investigations and consequently does not guarantee the Public Prosecution Service’s effective accountability; (2) There may be risk of confusion and even of conflict between police functions in the area of security and criminal prevention and of police functions in the area of criminal investigation regarding the suppression of crime in criminal proceedings. These risks may even turn into institutional conflicts due to the existence of two powers of command, one hierarchical and another functional. The solution must be one of practical agreement, since it is not compulsory that, in directing inquiries and for certain types of more complex criminality, the police must assist the Public Prosecution Service.

39. In addition to these risks, issues concerning internal security, imported from the threat of terrorism and the political and public pressure to confront it, have posed problems regarding the Public Prosecutor’s autonomy and the principles that govern the relations between the Public Prosecution Service and the police in the criminal investigation, which I have mentioned above.

40. In Portugal, the Internal Security Act¹⁰ and the Criminal Investigation Organization Act have excluded the Public Prosecution Service from the national coordination of the OPCs and have deprived Public Prosecutors of information resulting from criminal investigations. This information remains solely in the hands of the police and is available to them by means of systems and platforms for the exchange of information, and national means of coordination.

41. This legal framework has resulted in a secondary role for the Public Prosecution Service in an area where it should have the leading role, since it is the criminal investigation area, over which it should have dominion. It has also come to result in the “governmentalisation” of criminal investigation coordination, which has been the general trend in a number of European countries, but which deviates from criminal law and procedural law in favour of domestic security and the executive power. Top police officials

10 Law no. 53/2008 of 29 August. The most recent amendment increased governmentalisation by providing for a *Single Point of Contact* for the exchange of information on *international police cooperation* that does not even function within any police body, but is dependent on and coordinated by the Secretary-General of the Internal Security System, which is directly dependent on the Prime Minister or, by delegation of the Prime Minister, on the Minister of the Interior.

are appointed by the executive power on the basis of political trust and are expected to be loyal to the political objectives on which they depend.

42. Other basic problems - as pointed out by Cunha Rodrigues, a former Attorney General¹¹ - have to do with the asymmetry between *de facto* powers and the judicial powers associated with the autonomy of the Public Prosecution Service. The system is based, historically, on a public prosecution service that does not have the availability of the police and does not have budgetary autonomy. On a par with the autonomy granted to the judiciary, the actual procurement of resources (human, administrative - including administrative personnel and support services) remains the government’s responsibility. Autonomy may not, after all, be more than just the appearance of autonomy - with the added cost of requiring accountability of Public Prosecutors and Judges, but sparing those who take advantage of them. What I mean is that the political power can refuse resources but it does not stop demanding results, without the burden of having to bear the inherent political costs.

43. Another negative development was the distancing of the Public Prosecution Service from the supervision of the Judicial Police along with the gradual granting of specialized investigative powers to the administrative police. The current Portuguese model has thus encouraged the “policification” of the criminal investigation.

44. All models of relations and cooperation between the Public

11 RODRIGUES, J. Narciso Cunha. “Vários actores à procura de um papel”. Revista do Ministério Público, no. 136, page 9 and following.

Prosecution Service and the Police have advantages and disadvantages. It does not matter whether they are models of functional and organic autonomy of the police, of organic and functional dependency of the police on the Public Prosecution Service, or of organic dependency on the executive and functional dependency on the Public Prosecution Service. They aren't meant to be followed as dogmas, but must guarantee responsibility and consistency.

45. In almost 30 years of a system of functional dependency of the police in relation to the Public Prosecution Service and organic dependency in relation to the government, as in the case of the Portuguese model, the negative aspects have become more accentuated.

46. At a time when reforms to the Public Prosecutor's Statute are being discussed in Portugal, the SMMP not only advocates that the Public Prosecution Service be endowed with financial autonomy, but also that the Judicial Police be organically dependent on the Public Prosecution Service or at least that it regain its supervisory powers over the Judicial Police. These proposals have been on a rocky path...

47. Whatever model regarding relations between the police and the Public Prosecution Service is followed – whether it is of a purer or more pragmatic nature and easier or more difficult to frame theoretically – the critical, clear and persistent objective should always be alignment and reconciliation with the fundamental values of the democratic rule of law.

Bibliography:

- COSTA, José Faria, *“As relações entre o Ministério Público e a Polícia – a experiência portuguesa”* Revista da Faculdade de Direito de Coimbra n.º 70, 1994;
- CUNHA, José Damião da, *“O Ministério Público e os Órgãos de Polícia Criminal no novo Código de Processo Penal”*. Porto: 1993, UCP;
- JACINTO, F. Teodósio, “O papel da Polícia Judiciária no sistema de justiça”. Revista do Ministério Público n.º 120.
- MESQUITA, Paulo Dá, “Notas sobre inquérito penal, polícias e Estado de Direito Democrático”. Revista do Ministério Público, n.º 82.
- “Polícia Judiciária e Ministério Público – Notas para o enquadramento das suas relações e funções no sistema português”, Revista do Ministério Público n.º 112.
 - “Direcção do Inquérito Penal e Garantia Judiciária”, Coimbra Editora, 2003
- RODRIGUES, Anabela Miranda, “A fase preparatória do Processo Penal – Tendências na Europa. O caso Português”. *Studia Iuridica*, n.º 61, Coimbra Editora.





FONDACIJA ZA OTVORENO DRUŠTVO, SRBIJA
OPEN SOCIETY FOUNDATION, SERBIA

www.uts.org.rs