

ДАРКО ЈОКИЋ

Висока школа унутрашњих послова

Бања Лука

МИРЕЛА ЈОКИЋ

Управа за полицијско образовање

МУП Републике Српске

Бања Лука

УДК: 343.123.1(497.6)

Прегледни рад

Примљен: 14.03.2012

Одобрен: 05.05.2012

ЗАКОНИТ РАД ТУЖИЛАШТВА И ПОЛИЦИЈЕ У ИСТРАЗИ КАО ПРЕДУСЛОВ ОСТВАРИВАЊА ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ У БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Сажетак: У свјетлу новијих законодавних рјешења у европским државама превладавајући модел кривичног поступка је онај којим се истрага повјерава тужилаштву, а неизоставни субјект истраге су полицијске службе и агенције за спровођење закона чији рад се на откривању и расвјетљавању кривичних дјела подвргава надзору тужиоца. Такав концепт истраге је, од свих држава насталих распадом бивше Југославије, први прихваћен од стране Босне и Херцеговине и у примјени је од 2003. године. Будући да се ради о десетогодишњој примјени наведеног модела уочене су извјесне предности, али и недостаци који су предмет бројних расправа, анализа и истраживања. Већина гаранција које важе за кривични поступак се односе и на истрагу, стадиј који претходи суђењу, а гдје доминантну улогу има тужилац, који је, у сарадњи са полицијом, овлашћен да предузима све радње доказивања прописане законом о кривичном поступку, с тим што је у појединим случајевима прописаним законом неопходно да прије предузимања неких од предвиђених радњи прибави наредбу од судије за претходни поступак. Са друге стране, у центар истраге се ставља, поред кривичног дјела и осумњичени, којем се начелно јамче могућности утицаја на исход истраге и обезбјеђење услова за правично суђење. Правично суђење је историјски настало као стандард англосаксонског права, а значајан допринос у дефинисању појма и начина примјене тог начела дали су Европски суд за људска права, односно Европска комисија за људска права, али је поред тога што је гарантовано међународним актима као што је Европска конвенција о људским правима и основним слободама, дефинисано и разрађено Уставом и Законом о кривичном поступку Босне и Херцеговине, као и уставима и законима о кривичном поступку Републике Српске, Федерације Босне и Херцеговине и Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине.

У раду се, након уводних излагања о начелу правичности кривичног поступка, даје осврт на законитост рада тужилаштва и полиције у претходном поступку у Босни и Херцеговини који представља предуслов за остваривање начела правичног суђења, као и постојање процесних јемстава која осумњиченом пружају уједначене могућности утицаја на ток и резултат истраге и главног поступка, са посебним акцентом на остваривање права на доступност информација.

Кључне ријечи: право на правично суђење, једнакост странака у истрази, законит рад тужилаштва и полиције

Увод

У посљедњој деценији XX и почетком XXI вијека, кривичнопроцесно законодавство европских земаља је претрпело значајне промјене које су довеле до стварања све мањих разлика између англосаксонског и континенталног кривичнопроцесног права. Под утицајем различитих чинилаца, у овој области, за разлику од области материјалног кривичног права, спроведени су снажнији интеграциони процеси који за посљедицу имају стандардизацију не малог броја института из кривичнопроцесне области. Један од кључних стандарда када је ријеч о кривичном процесном законодавству уопште, а тиме и у оквирима Европске уније и Савјета Европе, јесте и ефикасан кривични поступак. Данас се са пуном тачношћу може констатовати да је захтјев за ефикасношћу кривичног поступка једна од важнијих особености не само савремене науке кривичног процесног права, већ и савременог процесног законодавства уопште (Бејатовић, 2010: 83–84). С обзиром на то да је неспорно да је ефикасно спроведена истрага један од битних фактора ефикасности кривичног поступка уопште, изражена настојања да се кривични поступак модернизује и учини ефикасним остварена су тако што су у наш, иначе континентални модел кривичног поступка, уграђени неки институти акузаторског типа кривичног поступка, прије свега тужилачко истрага. На тај начин је судски концепт истраге, који је раније у континенталном правном систему био владајући, уступио мјесто тужилачком, односно тужилачко – полицијском концепту истраге, гдје се као субјект истраге поред тужилаштва јавља и полицијски службеник.¹ Како би се овако конципиран кривични поступак могао претво-

¹ Закони о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Републике Српске, Федерације БиХ и Брчко Дистрикта БиХ дефинишу полицијског службеника као овлашћено службено лице које има одговарајућа овлашћења унутар полицијских органа Босне и Херцеговине, укључујући Државну агенцију за истраге и заштиту, Граничну службу, судску и

рити у инструмент за брз и ефикасан прогон најразличитијих „непријатеља” неопходно је у правне системе уградити „осигураче” којима ће се остварити заштита права осумњиченог (оптуженог) у кривичном поступку (Бавцон, 1997: 401). Зато је сасвим логично да се као противтежа тежњи за остварење дјелотворнијег поступка јавља тежња за заштитом људских права. Усљед искључења, тј. ограничења судске контроле истраге, односно заштите осумњиченог од незаконитог тужилачког и полицијског прогона, у оваквом концепту претходног кривичног поступка заштита људских права и слобода мора имати посебну димензију и значај.

Међународни извори за остваривање права на правично суђење

Појам правичног суђења (*fair trial*), као правни стандард појавио се у енглеском праву и вуче коријен још од Велике повеље слобода (*Magna Charta Libertatum*) из 1215. године, у којој је прописано да краљ никоме – првенствено племићима, не може ускратити право или правду која му припада (Правни лексикон, 1984: 440).² Временом се ово право афирмисало кроз друге државне акте и јудикатуру англосаксонске правне традиције и еволуирало и постало конститутивни елемент појма владавине права (*rule of law*), појма правичног суђења (*fair trial*) схваћеног у ширем смислу у енглеском праву, те дио појма *due process* у праву Сједињених Америчких Држава (Ивичевић–Карас: 2007). Круцијални значај начела правичности кривичног поступка дат је, а његова универзална прихваћеност у савременим правним системима постигнута је конституционализацијом у главним међународним документима о правима човјека, а то су Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (ЕКЉП)³ и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (МППП)⁴.

финансијску полицију, као и унутар царинских органа, пореских органа и органа војне полиције у БиХ, али и стручне раднике, односно истражиоце тужилаштва који раде по овлашћењима тужиоца.

² Начело правичности сеже од најстаријих правних извора из доба Грчке, Рима, па чак и Египта. Пронађени су документи из старог Египта у којима су наведена фараонова упутства судијама, да их у њиховом раду инспирише и руководи принцип правичности. Једно од тих правила гласи: „Настој да пресуђујеш све спорове у складу са одредбама закона и да судиш у свим споровима сагласно правичности која се на њих односи” (Теодоридес, 1978: 267).

³ Усвојена у Риму 4. новембра 1950. године. Текст ове конвенције измијењен је према одредбама Протокола број 3 (ETS No. 45), који је ступио на снагу 21. септембра 1970,

Чланом 6. ЕКЉП декларише се начело правичности кривичног поступка (*fairness of trials*) као генерално право које у себи садржи више захтјева. Први захтјев који се односи на правично суђење је право приступа суду, што значи да само суд пуне јурисдикције као независан и непристрасан орган може да одлучи о основаности кривичне оптужбе против неког лица. Други захтјев из члана 6 Конвенције јесте претпоставка невиности, тј. свако ко је оптужен за кривично дјело сматраће се невиним док се не докаже његова кривица на основу закона. Трећи захтјев инсистира на једнакости поступања страна у поступку, која обухвата неколико захтјева, као што су: да се оптужени у најкраћем року, подробно и на језику који разумије, обавијести о природи и разлозима оптужбе против њега; да му се обезбиједи адекватно вријеме и могућности, потребни да припреми одбрану; да се брани лично или уз помоћ браниоца ког сам изабере или да, уколико не располаже средствима да плати правну помоћ, ову помоћ добије бесплатно, када то интереси правде захтијевају; да сам испитује или постигне испитивање свједока против себе и да се обезбиједи присуство и саслушање свједока у његову корист под истим условима који важе и за оне који свједоче против њега; да добије бесплатну помоћ преводиоца уколико не разумије или не говори језик који се употребљава у суду.

Право на правично и јавно суђење предвиђа и члан 14 став 1 МПГП гдје је прокламована апсолутна једнакост свих пред надлежним, независним и непристрасним судовима, установљеним законом.

Тумачења и разраду овог сложеног начела дала је Европска комисија, односно Европски суд за људска права (ЕСЉП)⁵ у бројним расправама анализирајући предмете, који је заузимао стајалишта по појединим питањима доносећи пресуде које имају обавезујући карактер за државе чланице Савјета Европе и државе које су ратификовале ЕКЉП. Тако су од стране ЕСЉП отклоњене дилеме у погледу остварења права на правично суђење и разрађени су поједини елементи тог етичког и правног

Протокола број 5 (ETS No. 55), који је ступио на снагу 20. децембра 1971. и Протокола број 8 (ETS No. 118) који је ступио на снагу 1. јануара 1990. и такође укључио текст Протокола број 2 (ETS No. 44), који је у складу са чланом 5. став 3. истога, био интегрални дио ове конвенције од њеног ступања на снагу 21. септембра 1970. Све одредбе које су биле измијењене или додате овим протоколима, замијењене су протоколом број 11, од датума њеног ступања на снагу 1. новембра 1998. Од тог датума Протокол број 9 (ETS No. 140), који је ступио на снагу 1. октобра 1994. је укинут.

⁴ Усвојен резолуцијом 2200А (XXI) Генералне скупштине Уједињених нација 16. децембра 1966. године, а ступио на снагу 23. марта 1976. године.

⁵ Европски суд за људска права установљен је 1. новембра 1998. године ступањем на снагу Протокола 11 ЕКЗЉП, замијенивши Европску комисију за људска права (1954).

начела, подигавши га на ниво „надзаконског начела” и дао му се приоритет пред осталим вриједностима демократског друштва у редовним околностима, уз напомену да у једном демократском друштву право на правично вођење кривичног поступка има фундаментални значај. У значењу које му даје ЕКЉП, право на правично суђење заузима толико важно мјесто да рестриктивно тумачење члана 6 не одговара циљу и сврси те „каучук норме”.⁶

У погледу питања да ли се право на правичност суђења односи само на стадиј суђења или на поступак у цјелини, тј. да ли се односи и на стадиј истраге, заузето је стајалиште да се пропусти у примјени овог начела могу јавити од преткривичног поступка до поступка по ванредним правним лијековима.⁷ ЕСЉП сматра да се на појам оптужба гледа даље од самог појавног облика, и оптужби се даје суштинско, а не формално значење, јер се оптужба може дефинисати као званично обавјештење које надлежни орган власти даје појединцу о наводима да је то лице починило кривично дјело или онда када постоји ситуација која битно утиче на осумњиченог због постојања саме сумње.⁸ У прилог тези да се право на правично суђење односи и на фазу истраге наводимо и ставове Европског суда да се важење термина „оптужба” односи још од тренутка када је лице први пут испитано у својству осумњиченог,⁹ од тренутка издавања налога за хапшење осумњиченог,¹⁰ или од тренутка кад је лице званично обавијештено да се против њега води кривични поступак.¹¹

У кривичнопроцесној теорији и пракси не постоје веће дилеме о тренутку и начину поучавања лица о његовим правима приликом првог испитивања (право да се брани ћутањем, право да не свједочи против себе, право на одбрану, на бесплатну правну помоћ...), али постоје недоумице како осумњичени може остварити право да у фази истраге предузима све радње које могу предузимати тужилац и полиција – да се оствари право на апсолутну „једнакост оружја”. Термин „једнакост оружја” (*equality of arms*) настао је у англосаксонском праву као један метафорички израз који се прије свега односи на утврђивање потпуно једнаког процесног положаја обје странке у кривичном поступку. То значи да нити једна странка не би смјела бити у свом процесном поло-

⁶ *Delcourt v. Belgium*, 17. јануар 1970.

⁷ *Barbera, Messeque and Jabardo v. Spain*, 6. децембар 1988.

⁸ *Deweert v. Belgium*, 27. фебруар 1980.

⁹ *Hooze v. the Netherlands*, 22. мај 1988.

¹⁰ *Wemhoff v. the Federal Republic of Germany*, 27. јун 1968.

¹¹ *Neumeister v. Austria*, 27. јун 1986.

жају, тј. скупу права и дужности којим располаже, фаворизирана у односу на другу странку. Сигурно је да се једнакост странака не би могла дословно обезбједити током читавог кривичног поступка у свим његовим фазама, нити се може говорити о једнаком процесном положају оптужбе и одбране, јер су њихове процесне улоге различите и не ради се о страначком спору.¹² Суштина начела једнакости странака у кривичном поступку произилази из презумпције невиности окривљеног лица (члан 6 став 2 ЕКЈП), те из постулата да је лош правни систем у којем једна страна има значајне процесне или практичне предности у односу на другу страну. Ово се посебно мора имати у виду у кривичном поступку гдје је, начелно, једна страна држава са својим апаратом присиле, а друга страна је индивидуа, грађанин који има ограничена средства и подршку за успјешну борбу за остваривање својих права. Из тога произилази да се међу странама мора успоставити правична равнотежа, тј. услови гдје ће свака од страна у поступку имати разумну могућност представљања свог случаја на суду, под условима који је неће довести у битно неповољнији положај у односу на другу страну¹³. Ово свакако значи и могућност да осумњичени у кривичном поступку буде упознат са свим доказима или чињеницама који су приложени у спису и да их може коментарисати. Комисија је закључила да начело једнакости страна, узето заједно с чланом 6 став 3 ЕКЈП, намеће обавезу органима тужилаштва и истражним органима да објелодане сав материјал којим располажу, или који би могли да прибаве, а који би могао бити од помоћи окривљеноме да се ослободи кривице или да постигне смањење казне.¹⁴ Ово начело важи и за материјал који би могао да подрије кредибилитет свједока оптужбе (Mol & Harbi, 2007: 89). Ипак, ЕСЈП заузима став да ово право на објелодањивање свих значајних доказа није апсолутно.¹⁵ Наиме, постоје нека права или оправдани интереси који су у супротности са правом одбране на откривање доказа и информација прикупљених током истражног поступка, као што су: национална безбједност, потреба заштите свједока, чување тајних полицијских метода истраживања кривичних дјела, нарочито организованог криминала, и др. Зато у неким случајевима може постојати потреба ускраћивања објелодањивања од-

¹² Начело равноправности странака подразумијева да објема странама мора бити дата разумна могућност да изложи свој предмет – укључујући и изношење доказне грађе – под условима који их не стављају у знатно подређен положај у односу на противника (види: *Dombo Beheer B. V. v. The Netherlands*, 27. октобар 1993; одлуке Уставног суда БиХ бр. У 95/03, 29. септембар 2004, бр. АП 544/03, 29. септембар 2004).

¹³ *De Haes and Gijssels v. Belgium*, 24. фебруар 1997.

¹⁴ *Jespers v. Belgium*, (1981) 27 DR 61.

¹⁵ *Rowe and Davis v. U.K.*, 16. фебруар 2000.

брани неких доказа, како би се сачувала основна права трећих лица или како би се осигурао важан јавни интерес. Али све тешкоће које су узроковане одбрани ограничавањем њених права морају бити у довољној мјери уравнотежене накнадним поступцима судских тијела.¹⁶

Домаћи извори за остваривање права на правично суђење

Устав Босне и Херцеговине прописује да ће БиХ обезбиједити највиши ниво међународно признатих права и основних слобода, те да ће се права и слободе које одређују Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и њени Протоколи директно примјењивати у БиХ, као и да ће ови акти имати приоритет над свим осталим законима.¹⁷ У погледу примјене и поштовања људских права и основних слобода из ЕКЉП и њених Протокола прописује се да ће у БиХ сви судови, установе, државни органи и институције којима управљају Ентитети или се њима управља у Ентитетима бити обавезни да примјењују и поштују исте. Анексом I Устава БиХ је прописано да ће се, поред осталих споразума о људским правима у Босни и Херцеговини, примјењивати и Међународни пакт о грађанским и политичким правима (1966) и Опциони протоколи (1966 и 1989). У каталогу права наведених у Уставу БиХ доминантну улогу заузима и право на правично саслушање у грађанским и кривичним стварима и друга права у вези са кривичним поступком.¹⁸ Оваква уставна рјешења не остављају никакву сумњу да су ЕКЉП као и МПГП инкорпорисани у унутрашњи правни систем, што је нарочито дошло до изражаја у пракси Уставног суда БиХ. С обзиром на то да је уставотворац поштовање и примјену права на правично суђење у кривичном поступку адресирао на судове и државне органе који спроводе поступак, даље формулисање и разрада су препуштени Закону о кривичном поступку БиХ, законима о кривичном поступку Републике Српске (РС), Федерације БиХ (ФБиХ) и Брчко Дистрикта БиХ (БД БиХ), као и законима којима се уређује организација, надлежност и функционисање судова, тужилаштва и полицијских органа. Елементи права на правично суђење су у потпуности разрађени у наведеним законима. Говорећи о сврси и садржају Закона о кривичном поступку БиХ и

¹⁶ Исто.

¹⁷ Члан II 1 и 2 Устава Босне и Херцеговине (Анекс IV Општег мировног споразума за Босну и Херцеговину, парафиран 21. новембра 1995. године у Дејтону и потписан 14. децембра 1995. године у Паризу, када је ступио на снагу).

¹⁸ Члан II 3 е Устава БиХ.

примјени принципа законитости, у члану 2 став 1 се етички дефинише циљ кривичне процедуре на начин да правила утврђена овим законом требају осигурати да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дјела изрекне кривична санкција под условима прописаним у Кривичном закону БиХ.¹⁹ Прокламујући једнакост у поступању ЗКП БиХ у члану 14, став 2, обавезује суд, тужиоца и друге органе који учествују у кривичном поступку да с једнаком пажњом испитују и утврђују како чињенице које терете осумњиченог, односно оптуженог, тако и оне које му иду у корист.²⁰ Овим одредбама је изражено да принцип поштеност (*fair*) поступка, односно правичног вођења поступка, представља основно кривичнопроцесно начело, које је повезано са другим фундаменталним начелима поступка и са њима чини складну цјелину и чији је свакако важан елемент правило о правној и процесној једнакости странака, односно њиховим начелно једнаким процесним могућностима у поступку (Шкулић, 2009: 79). Поред фундаменталног права на правично суђење, осумњичени, односно оптужени, има и друга права која се изводе из општег права на одбрану, а која по својој природи могу бити позитивна²¹ и негативна.²²

Остваривање права на увид у спис као елемент права на правично суђење

Да би у потпуности било остварено право на правично суђење, неопходно је да се процесне радње спроводе у складу са захтјевима који су имплицитно садржани у гаранцијама које обезбјеђују право на правично суђење. Ти захтјеви се, поред осталог, односе на стандард „једнакости у поступању” који подразумева да свакој страни у поступку мора да се да разумна прилика да презентује свој случај, укључујући и

¹⁹ Норме аналогног садржаја предвиђају и ЗКП РС, ФБиХ и БДБиХ.

²⁰ Значајно је указати да законодавац у БиХ не дефинише принцип истине по узору на ЗКП бивше СФРЈ, који је у члану 15, став 1, обавезао суд и државне органе који учествују у кривичном поступку да *истинито* и потпуно утврде чињенице које су важне за доношење законите одлуке. Умјесто начела „материјалне” истине, у кривичном поступку у БиХ преовладава тзв. страначка истина.

²¹ Позитивна права осумњиченог, односно окривљеног, представљају скуп овлашћења да предузима радње у поступку и друге активности које му омогућују да се брани од оптужбе (Симовић, 2005а: 137–138).

²² Негативна права осумњиченог, односно окривљеног, представљају скуп овлашћења да не обавља извјесне процесне радње, ако би њихово вршење, по мишљењу осумњиченог, односно оптуженог, представљало штету за његову одбрану (Симовић, 2005а: 138–139).

своје доказе, под условима који је, у значајној мјери, не стављају у неповољан положај *vis-à-vis* супротне стране. У принципу, то значи могућност за стране у поступку да се упознају са свим предоченим доказима и чињеницама, те да дају коментар на те доказе и чињенице. Ово право се у кривичном поступку првенствено односи на осумњиченог, односно оптуженог, јер је *ab initio* у неповољнијем положају, због саме чињенице да против себе има тужиоца којем је омогућено законито коришћење респектабилних капацитета државног, превасходно полицијског апарата, и то без икакве или са врло ограниченом судском контролом. Нарочито се ово односи на правне системе у којима је успостављена тужилачка истрага, као што је у БиХ, гдје је тужиоцу дата улога „апсолутног господара” или *dominus litis* истраге, а судска контрола се одвија само уколико се предузимају мјере и радње којима се задире у основна људска права и слободе осумњиченог. Зато ЕКЉП, а и закони о кривичном поступку у БиХ, тужиоцу и овлашћеном службеном лицу, поред обавезе да са једнаком пажњом испитују и утврђују чињенице *in reus* и *in favorem*, намећу и обавезу да објелодане сав материјал којим располажу, или који би могли да прибаве, а за наведени материјал постоји могућност да окривљеноме буде од помоћи да се ослободи кривице или да постигне смањење казне.²³ Право осумњиченог на разматрање списка и разгледање прибављених предмета током истраге уско је везано за његов доказни карактер и вриједност, односно везано је за питање да ли се ради о доказима на штету или у корист осумњиченог па је тако приступ спису, односно прибављеним доказима, дозвољен уколико су у корист осумњиченог, под условом да то не доводи у опасност циљ истраге, а онемогућен уколико је на штету осумњиченог (Tegeltija et al. 2006: 43). Ипак је Европска комисија утврдила да оптужени и његов бранилац не могу уопштено поставити захтјев за објелодањивање доказа, већ се мора кретати у оквиру конкретних питања.²⁴ У супротном би се радило о тзв. „рибарском излету” (*fishing expedition* или *fishing trip*), гдје би се могло злоупотребити право увида у спис нагађањем одбране, тако што би постављала опште хипотетичке тврдње о наводном постојању таквог доказног материјала.

Законодавац је право на сазнање о резултатима истраге до којих су дошли тужилаштво и полиција експлицитно дао браниоцу у формулацији члана 47 ЗКП БиХ. Давање права одбрани на сазнање о резултатима истраге сматра се једним од темеља одбране у кривичном поступ-

²³ *Jespers v. Belgium*, (1981) 27 DR 61.

²⁴ Исто.

ку, а тиме и права на правично суђење. Можда код неких процесуалиста (теоретичара и практичара), ове одредбе уносе забуну у погледу одређивања субјекта остварења права на увид у спис, тј. да ли то право има осумњичени (оптужени) или његов бранилац. Текст ЕКЉП даје то право окривљеном, али нека законодавства (као и БиХ) то право изричито дају браниоцу. Те дилеме су отклоњене у одлуци Европске комисије за људска права још 1960. године,²⁵ када је утврђено да права зајамчена ставом 3 члана 6 ЕКЉП припадају и окривљеном и одбрани уопштено, те да је бранилац овлашћен да *mutatis mutandis* користи права наведена у ставу 3 Конвенције.²⁶

У погледу времена од када почиње да тече право разгледања списка и предмета, може се констатовати да ово право наступа након прве радње коју је предузео тужилац, и то након доношења наредбе о спровођењу истраге, а што се најчешће подудара са тренутком када тужилац или овлашћено службено лице предузимају неку од радњи доказивања. Умјесто раније формулације, по којој је разматрање и разгледање било могуће „у току цијелог поступка”, чиме се отварало питање кад поступак почиње, у садашњем тексту члана 47 ЗКП БиХ тачно је означено од кога момента у поступку (ток истраге) је разматрање и разгледање могуће. Пошто осумњичени, односно оптужени може имати браниоца у току цијелог кривичног поступка, то је неопходно и омогућити му да оствари своју функцију у пуној мјери. У обезбјеђењу одбране закон је пошао још и даље, па је овластио браниоца да се упознаје са списима и предметима у истрази који служе као доказ, али само ако иду у корист осумњиченог, уз изузетак ако је ријеч о списима и предметима чије би откривање могло довести у опасност циљ истраге, с тим да је тужилац, уз приједлог за одређивање притвора, дужан судији доставити и доказе битне за процјену законитости притвора и ради обавјештавања браниоца (Сијерчић-Чолић ет ал., 2005:167). Поред тога, законодавац је у ставу 4 члана 47 ЗКП БиХ обавезао судију за претходни поступак, судију за претходно саслушање, судију, односно вијеће, као и тужиоца, да када дођу у посјед било које информације или чињенице која може послужити као доказ на суђењу, да је ставе на увид браниоцу, осумњиченом, односно оптуженом. Ова одредба не доводи до већих дилема у погледу објелодањивања нових информација или чињеница које се налазе код суда, за разлику од оних до којих је у свом раду дошао тужилац. С обзиром на то да остваривање овог права доводи до бројних недоумица, не-

²⁵ *Ofner v. Austria*, (бр. 524/59).

²⁶ У предмету *Foucher v. France* (18. март 1997) утврђена је повреда права окривљеног, будући да је истоме ускраћен увид у спис, због тога што није имао браниоца.

разумијевања, па и могућих опструкција од стране представника надлежних државних тијела, мислимо да се тумачењу, али и оживотворењу ових одредби мора посветити већа пажња. Упознавање са резултатима истраге спроведене поводом откривања и доказивања кривичног дјела, за које се осумњичени терети, у пракси је најважнији аспект могућности за припрему одбране и оно спада у срж права осумњиченог на правичан поступак. Ово нарочито има значаја за кривичнопроцесне системе устројене по моделу унилатералне тужилачке истраге, какав је у БиХ и гдје одбрани није дозвољено спроводити властиту истрагу. Међутим, и у системима гдје је одбрани законом дозвољено да прикупља доказе у своју корист,²⁷ с обзиром на велику несразмјеру у стварним могућностима прикупљања података, остваривање овог права је изузетно компликовано за практичну примјену. Имајући у виду какве све проблеме имају тужилац и полиција у току истраге, могу се само замислити потешкоће на које наилазе осумњичени и његов бранилац приликом остваривања законом прописаних права (нпр. прикупљања информација, уласка у приватне просторије, преузимања предмета и исправа и др).

Законска обавеза да се већ на првом испитивању осумњичени мора обавијестити о дјелу за које се терети и о основима сумње који стоје против њега и да му се мора омогућити да се изјасни о свим чињеницама и доказима који га терете, као и да изнесе све чињенице и доказе који му иду у корист, код процесуалиста не ствара веће дилеме.²⁸ Међутим, код остваривања права осумњиченог и његовог браниоца да разматра списе и разгледа прибављене предмете који му иду у корист, одговор на питање ко утврђује који су докази на штету, а који у корист осумњиченог уопште, а посебно у истражном поступку, је у ствари од суштинског значаја када се говори о праву на разматрање списка и разгледање прибављених предмета. Чињеница је да сав тај материјал има карактер потенцијалног доказног материјала, те осумњичени и његов бранилац, од тренутка сазнања да је покренута истрага, имају интерес да изврше увид у сав материјал како би се могли изјаснити о чињеницама *in reius* и уопште квалитетније припремили одбрану. Практичан проблем се јавља у тренутку адресирања захтјева за остваривање овог свог права. Уколико је за спровођење одређених радњи доказивања или мјера које захтијевају судску провјеру, затражена наредба или рјешење судије за претходни поступак (претресање, одузимање предмета, посеб-

²⁷ Законик о кривичном поступку Србије из 2011. је предвидио могућност да осумњичени и његов бранилац могу самостално прикупљати доказе и материјал у корист одбране.

²⁸ Видјети члан 6 ЗКП БиХ и аналогне чланове у ЗКП РС, ФБИХ и БД БиХ.

не истражне радње, притвор...) разумљиво је да се за остваривање овог права може тражити судска заштита. Разматрањем захтјева који доставља надлежно тужилаштво или овлашћено службено лице које је добило сагласност тужиоца, као и чињеница који поткријењују предметни захтјев, судија врши посредну контролу претпоставки за вођење претходног поступка и осумњичени и његов бранилац имају могућност увида у доказе и чињенице који су достављени судији. Будући да се код судије за претходни поступак налази само дио доказног материјала и то онај који је неопходан за поткријење захтјева за издавање одређене наредбе или рјешења,²⁹ поставља се питање како остварити увид у тај „преостали” оперативно-доказни материјал. У тим случајевима, као и у случајевима када је у питању осумњичени према којем није спроведена нити једна истражна радња и мјера која захтијева судско одобрење, тј. када судији за претходни поступак није упућиван било какав захтјев за издавање наредбе или рјешења, потпуно је јасно да је овлашћени тужилац једини адресат којем се могу обратити осумњичени, односно његов бранилац ради остварења овог права. Тада би тужилац требало да дâ одговор на питање да ли у спису постоје докази који су у корист осумњиченог, па тек онда да ли ће њихово објелодањивање довести у питање циљ истраге. При давању одговора на ова питања доминирају елементи субјективног карактера. Наиме, приликом такве процјене некада је тешко објективно просудити која чињеница је на штету, а која у корист осумњиченог, јер постоји реална могућност да истој чињеници осумњичени и његов бранилац дају другачији значај. Бројни су примјери да одбрана вјештим испитивањем свједока или вјештака оптужбе трансформише у свједока или вјештака одбране.

Посебно питање је шта је то циљ истраге и како се исти може довести у опасност откривањем списка и предмета. Опште познато је да, са једне стране, истрага има за циљ расвјетљавање кривичног дјела и проналаска његовог учиниоца ради његовог кривичног гоњења пред судом, а са друге стране има за циљ да нико невин не буде кривично гоњен ни осуђен. Дакле, циљ истраге би се могао дефинисати као потпуно и тачно утврђивање свих релевантних чињеница и околности везаних за кривично дјело и учиниоца. Међутим, новим БиХ законодавством нигдје није експлицитно наглашена обавеза суда и државних органа да истинито и потпуно утврде чињенице које су важне за доношење законите од-

²⁹ У ставу 2 члана 47 ЗКП БиХ је дата обавеза тужиоцу да приликом подношења захтјева за одређивање притвора мора доставити и доказе битне за процјену законитости притвора и ради обавјештавања браниоца.

луке,³⁰ већ „само” да са једнаком пажњом испитују и утврђују чињенице које терете осумњиченог, али и оне које му иду у корист.³¹ А мишљење о остварењу тог циља је такође остављено у диспозицију тужиоцу, које ће објективну потврду добити тек приликом потврђивања оптужнице од стране суда или судском одлуком у главном поступку. Према томе, уколико тужилац, у току истраге, оцијени да ће разматрање списка и разгледање прибављених предмета, од стране осумњиченог и његовог браниоца, довести у опасност циљ истраге, он им у том случају може ускратити ово право без икаквих посебних образложења и без икакве правне заштите интереса осумњиченог. Дакле, разумљива су објашњења да су осумњичени и његов бранилац у фази истраге знатно ограничени у погледу располагања правом на увид у спис из разлога довођења у опасност циљева истраге, због остварења јавног интереса или заштите трећих лица. Међутим, како се од тренутка подизања оптужнице, оптуженом и његовом браниоцу мора омогућити увид у цијели спис, сматрамо да то подразумева и увид у спис који се налази код овлашћеног службеног лица, јер се у истом сигурно налазе и бројне чињенице које оптуженом могу ићи у корист.³² На тај начин би се могао остварити принцип „једнакости оружја”, јер приступ једнакости пред судом подразумева да стране морају имати исти приступ списима и другим документима предмета, барем у мјери у којој они играју улогу у формирању одлуке суда. (Симовић, 2005б: 357.)

У вријеме постојања судске истраге, сва процесна овлашћења тужиоца су била тако институисана да су омогућавала тужиоцу потпуно остварење функције гоњења, а да истовремено не деформишу његов страначки положај, јер је питање судске контроле било конструкцијски

³⁰ Ову одредбу је садржавао ЗКП СФРЈ, као и кривичнопроцесно законодавство које је важило на простору БиХ до 2003. године.

³¹ Види члан 14, став 2 ЗКП БиХ, РС, ФБиХ и БД БиХ, али овакву одредбу је садржавао члан 15, став 2 ЗКП СФРЈ.

³² Не можемо а да не примјетимо да је законодавац у истом законском тексту (ЗКП БиХ) извршио понављање норме идентичног садржаја у члану 47, став 3 и у члану 226, став 2, прописујући право осумњиченом, односно оптуженом и његовом браниоцу да, након подизања оптужнице, имају право увида у све списе и доказе. Ово понављање норме вјероватно није имало за циљ да законодавац нарочито нагласи остварење права на увид у спис и доказе, него је продукт очигледне несмотрености услед честих измјена и допуна Закона о кривичном поступку БиХ, што је, у крајњем, у супротности са номотехничким начелима за израду правних прописа. Сматрамо да је, умјесто оваког дословног понављања норме у једном законском тексту, цјелисходније било предвидјети процесне последице у случају неоправданог ускраћивања остварења овог права или могућност остваривања судске заштите у виду обраћања суду ради издавања обавезујућег налога тужиоцу и овлашћеном службеном лицу да омогуће одбрани увид у све списе и доказе.

ријешено на тај начин што је суд одлучивао о започињању, вођењу и обустави истражног поступка, као и о истражним радњама и мјерама.³³ Међутим, преношењем надлежности (овлашћења) у погледу покретања и спровођења истраге са судије на тужиоца, и ограничавањем улоге судије за претходни поступак у погледу учешћа у истрази, очигледно да је механизам заштите људских права изгубио префикс „судски”,³⁴ те је начелна морална и законска обавеза тужиоца и полиције да испитују и утврђују чињенице *in favorem* осумњиченог мора ригорозније поштовати.³⁵ Сматрамо да није спорно како и на који начин осумњичени, односно оптужени и његов бранилац могу остварити увид у све списе и доказе након подизања оптужнице, али само оне који се налазе код тужиоца. Као што је већ истакнуто, проблем се јавља у погледу увида у чињенице и доказе прикупљене током полицијског рада на расвјетљавању кривичног дјела, који би могли да иду у корист осумњиченом, а који нису достављени тужиоцу. Не можемо а да не примјетимо да се „по неписаном правилу” тужиоцу не достављају изјаве свједока у којима нема сазнања о неким важним чињеницама везаним за конкретно кривично дјело,³⁶ али које у крајњем говоре о личности осумњиченог (нпр. о корект-

³³ Према одредбама раније важећег ЗКП-а истражни судија је спроводио истрагу, док су тужилац, окривљени и бранилац могли да присуствују испитивању свједока, саслушању вјештака или да присуствују увиђају.

³⁴ Улога суда у истражном поступку, у реформисаном кривичнопроцесном законодавству у БиХ, углавном се одвија кроз активности судије за претходни поступак, који током истраге доноси наредбе и рјешења по захтјеву тужиоца или овлашћеног службеног лица, односно који одлучује по захтјевима осумњиченог у вези са таквим захтјевима, односно својим одлукама. Када говоримо о улози суда као својеврсног контролора истражног поступка, под тим не сматрамо вршење контроле основаности вођења истраге, јер суду такво овлашћење у тој фази кривичног поступка није дато у његовом општем смислу. Ипак, механизам судске контроле постоји у случајевима када истражни поступак захтијева судску одлуку за предузимање одређене истражне мјере и радње. Начелно је једна од основних улога суда у истрази да се стара да се ограничење права и слобода грађана у истражном поступку сведе на најмању могућу и само неопходну мјеру. Приликом оцјене да ли ће уважити одређени приједлог тужиоца или овлашћеног службеног лица, судија за претходни поступак се кроз призму оцјене основаности и оправданости предузимања одређене истражне мјере или радње упушта у основаност достављених доказа и обавјештења.

³⁵ Заштита права осумњиченог, односно оптуженог од стране суда остварива су у пуном капацитету тек након што се тужилац појави пред судом као странка, тј. од тренутка подизања оптужнице.

³⁶ Резултати једног истраживања су показали да полиција тужилаштву нити у једном случају није доставила резултате неуспјешних препознавања, како субјективно неуспјешних (свједок изјављује да уопште није способан да, са било којим степеном вјероватноће, препозна описивано лице), тако и објективно неуспјешних препознавања (свједок изричито наводи да се међу презентованим лицима не налази лице за које је дао опис).

ном и уљудном понашању, или које појашњавају тешку породичну и материјалну ситуацију и сл.). Па сигурно да су то релевантне информације (докази), које, у крајњем, могу помоћи судији, односно вијећу, код одмјеравања одговарајуће кривичноправне санкције, ако оптужени буде проглашен кривим по једној или више тачака оптужнице.³⁷

Како је, у већини случајева, тужилац само начелно упознат са одређеним мјерама и радњама које предузима полиција у фази истраге, те како надзор над радом полиције има ограничени карактер, законска обавеза да полиција уз извјештај о извршеном кривичном дјелу, поред пропратног материјала,³⁸ доставља и све чињенице које иду у корист оптуженом, би се морала ригорозније поштовати, а један од начина контроле (тачније једини начин) законитости примјене ових одредби је и омогућавање увида осумњиченом, односно оптуженом у кривични спис који се налази код полицијског органа.³⁹ Овдје се мора нагласити и чињеница да је реформисаним законодавством у БиХ полицијски акт који се доставља тужиоцу назван извјештај, а не кривична пријава, што је не само формална него и суштинска измјена. Наиме, иако је, у ранијем периоду, полицијска кривична пријава имала карактер обавјештења тужиоца о почињеном дјелу, о предузетим мјерама и радњама, и о доказима за које се сазнало приликом прикупљања обавјештења, разумљиво је да се пријава подносила *против* одређеног учиниоца за којег је постојала основана сумња да је починио предметно кривично дјело. У погледу чињеница које је полиција достављала уз кривичну пријаву, може се истаћи да је то зависило превасходно од врсте кривичног дјела, од прикупљених доказа (предмета, исправа и сл.), а битно је да се из пријаве јасно могло видјети шта је предмет пријаве и које чињенице оправдавају закључак да постоји основана сумња да је одређено лице извршило кривично дјело (Петрић, 1986: 288). По пријему кривичне пријаве тужилац

³⁷ Чланом 261, став 2 ЗКП БиХ, те аналогним члановима ЗКП РС, ФБиХ и БД БиХ, је прописано да се на главном претресу доказни поступак одвија тако што се изводе докази сљедећим редом: докази оптужбе, докази одбране, реплика, дуплика, докази чије је извођење наредио судија и на крају се изводе сви докази релевантни за изрицање кривичноправне санкције.

³⁸ У члану 219 ЗКП БиХ набрајају се прилози који се достављају уз извјештај и то: предмети, скице, фотографије, прибављени извјештаји, списи о предузетим радњама и мјерама, службене забиљешке, изјаве и других материјали који могу бити корисни за успјешно вођење кривичног поступка. Под другим материјалима треба подразумевати и сва полицијска, оперативна и обавјештајна сазнања и анализе, који немају снагу доказа, али могу бити од велике користи за правилно разумијевање свих околности учињеног кривичног дјела, те за планирање и моделирање тока кривичног поступка.

³⁹ Разумљиво је да полиција може ускратити објављивање одређених извора и метода сазнања, али не и резултата – чињеница које могу бити *in favorem*.

је цијенећи достављени материјал иницирао покретање кривичног поступка, најчешће достављањем захтјева за покретање истраге надлежном истражном судији. Ступањем на снагу закона о кривичном поступку БиХ, РС, ФБиХ и БД БиХ, извршене су највеће измјене у односу на ранији кривични поступак управо у измјењеним улогама субјеката истраге. Ранији преткривични и истражни поступак су сублимирани у једну јединствену истрагу под руковођењем или надзором тужиоца, који је постао својеврсни „менаџер истраге”, а овлашћено службено лице се трансформисало са иницијатора – подносиоца кривичне пријаве, у активног истражног субјекта. Када је у питању извођене појединих истражних радњи овлашћено службено лице има право и дужност да поступа на једнак начин као и у случајевима када те радње непосредно изводи тужилац, и да тужиоцу доставља сва сазнања, доказе и материјале до којих дође, а који могу бити корисни за успјешно вођење поступка, укључујући и све чињенице и доказе који иду у корист осумњиченог. С обзиром на то да је сузбијање криминалитета једна од основних функција полиције, у многоме се законске обавезе, које се тичу надлежности полиције у кривичном поступку,⁴⁰ поистовјећују само са испитивањем и утврђивањем чињеница које терете осумњиченог. Па и сам појам „успјешно вођење поступка” често тумачимо једнострано, тако што под успјешним поступком подразумевамо онај који се окончао правоснажном осуђујућом пресудом са изреченом што већом казном, тј. казном која је приближна прописаном општем или посебном максимуму казне. Тако се језичким и логичким, а посебно систематским тумачењем члана 219 ЗКП БиХ и аналогних чланова ЗКП РС, ФБиХ и БД БиХ, може закључити да је законодавац, због саме улоге полиције у истрази, додатно нагласио обавезу да полиција тужиоцу, уз извјештај, доставља све чињенице, како *in peius*, тако и *in favorem*.

Закључак

Свеобухватност права на правично суђење као основног начела савременог кривичног процесног права из члана 6 ЕКЉП и члана 14 МПГП је настало и развија се као равнотежа између двају супротстављених тежњи – тежње за ефикасним кривичним поступком и тежње за заштитом права грађана. Остварење овог права се не може посматрати

⁴⁰ Све мјере које предузима полиција да се открије кривично дјело, да се открију и сачувају трагови и предмети који могу послужити као доказ, као и мјере којима се прикупљају информације које могу бити корисне у кривичном поступку.

само као провођење одредаба из наведених међународних аката, него је то *conditio sine qua non* сваке правне државе. Реформом кривичнопроцесног законодавства у Босни и Херцеговини остварени су циљеви постизања ефикаснијег кривичног поступка, али је дискутабилно да ли се у потпуности остварује заштита основних људских права и слобода судионика поступка. Могло би се закључити да се та права, нарочито право на правично суђење, углавном остварују у фази главног поступка, када се стриктније поштивају начела контрадикторности и страначке јавности, али да је спорадично њихово остваривање у истрази. Међутим, за правичан поступак је од круцијалне важности да се ово начело инструментализује кроз читав кривични поступак, гдје се, у сваком случају, мора остварити баланс процесних права која омогућавају равноправно учествовање у остварењу процесних права, поготово након укидања судске и увођењем тужилачке истраге. Да би се остварио задатак да кривични поступак буде правичан, једнакост странака се мора конкретизовати у свакој процесној ситуацији, мора бити стварна и не смије остати само на нивоу начела. Испитивање и утврђивање чињеница *in favorem* осумњиченог и објелодањивање истих је морална и законска обавеза тужиоца и полиције, која се мора стриктније поштовати у Босни и Херцеговини, као и у другим правним системима гдје је успостављена унилатерална тужилачка истрага. То значи да започету реформу кривичнопроцесног законодавства треба наставити потпуним усклађивањем домаћег кривичног законодавства са међународним кривичним правом, али и сталним преиспитивањем законитости рада свих учесника у поступку, нарочито државних органа (тужилаштва и полиције) који у свом раду треба да отклоне сваки субјективизам. Изостављање неких чињеница и доказа никада не доприноси истини, јер се истина не смије мијењати и уљепшавати.

Литература

1. Bavcon, L.J. (1997). *Kazneno pravo i zaštita prava čovjeka*. Zbornik: HLJKPP, год. 4, br. 2 (395–402). Zagreb: Pravni fakultet.
2. Bejatović, S. (2010). Pozitivno krivičnoprocesno zakonodavstvo Srbije i standardi Evropske unije i savjeta Evrope. *Pravni sistem Srbije i standardi Evropske unije i Savjeta Evrope* (73–104). Kragujevac: Pravni fakultet.
3. Ivičević-Karas, E. (2003). Načelo jednakosti oružja kao konstitutivni element prava na pravični kazneni postupak iz članka 6 Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, Vol. 57. br. 4–5 (761–788).

4. Mol, N. & Harbi, K. (2007). Pravo na pravično suđenje. *Vodič za primjenu člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima – Priručnik o ljudskim pravima*, br. 6. Beograd: Savjet Evrope.
5. Petrić, B. (1986). *Komentar zakona o krivičnom postupku, I knjiga*. Beograd: Službeni list.
6. *Pravni leksikon* (1984). Beograd: Savremena administracija.
7. Sijerčić-Čolić, H. i sar. (2005). *Komentari zakona o krivičnom postupku*. Sarajevo: Savjet Evrope i Evropska komisija.
8. Simović, M. (2005a). *Krivično procesno pravo*. Bihać: Pravni fakultet.
9. Simović, M. (2005b) Pravo na pravično i javno suđenje i pravo na suđenje bez odlaganja. *Pravna riječ*, br. 4 (347–371). Banja Luka: Udruženje pravika Republike Srpske.
10. Škulić, M. (2009). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Pravni fakultet.
11. Tegeltija, M. i sar. (2006). *Modul 1 Krivična oblast – Istražni postupak*. Sarajevo: Visoki sudski i tužilački savjet Bosne i Hercegovine.
12. Teodorides, A. (1980) Krivično pravo i protivpravne radnje u starom Egiptu. *Glasnik pravnog fakulteta u Kragujevcu*, 1978/1979 (262–274).

Prosecutorial and police legal work in investigation as a precondition for fair trial in criminal procedure in Bosnia and Herzegovina

Summary: In a light of new legal solutions in european countries, most accepted model for criminal procedure is prosecutorial investigation, and obligatory subject of investigation are police service and law enforcement agencies which work of discovering and resolving crime offences is under prosecutors supervision. This concept of investigation is, counting each country of former Yugoslavia, first accepted by Bosnia and Herzegovina a it is in use since 2003. Considering the fact that, by ten years of conducting mentioned model, goals of making investigation more efficient are realized and, from the other side, as a balance, there are efforts to protect basic human rights more rigorously by protecting the right on fair trial. Authors in this academic paperwork, after introductory speeches and short presentations on international and home sources to exercise right on fair trial, will present short review on prosecutorial and police legal work in preliminary proceedings in Bosnia and Herzegovina, which represents precondition for implementation fair trial principle, and also existence of procedural guarantees which provide to suspect persons equal possibilities of influence on process and results of investigation and main proceedings, with special accent on the exercising their access to information right.

Key words: criminal procedure, investigation, right on fair trial, equality of the parties, prosecutorial and police legal work