

*Prof. dr Drago RADULOVIĆ,
Pravni fakultet u Podgorici*

*Originalni naučni rad
UDK: 343.132(497-15)
Primljeno: 27. novembar 2012. god.*

KONCEPCIJA ISTRAGE U KRIVIČNOM POSTUPKU U SVIJETLU NOVOG KRIVIČNO PROCESNOG ZAKONODAVSTVA

Predmet rada je stručno-kritička analiza tužilačkog koncepta istrage u novom krivičnom procesnom zakonodavstvu zemalja regiona (Crne Gore, Srbije, BiH i Hrvatske). Posmatrano sa aspekta arhitektonike sadržaja predmetna problematika je obrađena kroz šest grupa pitanja. Prva se tiče opštih napomena o procesu reforme krivičnog procesnog zakonodavstva zemalja u okruženju i mestu i ulozi sistema istrage kojima ona poklanjaju. Osnovni zaključak analize ove grupe pitanja jeste da je promena koncepta istrage (prelazak sa sudskog na tužilački) opšta karakteristika svih od četiri analizirana krivičnoprocesna zakonodavstva zemalja okruženja. Sledeće četiri grupe pitanja čini stručno-kritička analiza tužilačkog koncepta istrage u svakom od posmatranih krivičnoprocesnih zakonodavstava zemalja u okruženju. Osnovni zaključak analize ovih grupa pitanja jeste prisustvo ne malog broja razlika u normativnoj razradi tužilačkog koncepta istrage među analiziranim krivičnoprocesnim zakonodavstvima.

Na kraju rada data su autorova viđenja dve grupe pitanja. Prva se tiče stručno-kritičke analize razloga za i protiv tužilačkog koncepta istrage, a druga pretpostavki praktične realizacije osnovnog razloga prelaska sa sudskog na tužilački koncept istrage (povećanje efikasnosti krivičnog postupka) kao celine, a ne samo ove njegove faze.

Ključne reči: istraga, koncept, tužilaštvo, sud, okrivljeni, osumnjičeni, Crna Gora, Srbija, Hrvatska, BiH, Zakonik o krivičnom postupku.

1. Uvodne napomene

1. Savremeni sistem krivičnog postupka kakav postoji u zemljama kontinentalne Evrope, počev od dvadesetih godina XIX vijeka uređen je sistemski i metodički tako da prolazi kroz određene stadije i faze koje imaju posebnu svrhu u okviru opšte svrhe krivičnog postupka – rasvjetljenje i rješenje krivične stvari. Prototip savremenom sistemu krivičnog postupka bio je francuski Zakonik o krivičnoj istrazi iz 1808. godine po kome se prvostepeni krivični postupak dijelio na dva stadija – pripremni (prethodni) postupak i glavni postupak.¹ Ova podjela, uz manje ili veće modifikacije, uzrokovane raznim historijskim okolnostima, skoro da je, bez izuzetka, zadržana u zemljama današnje kontinentalne Evrope, kao i u onim vanevropskim zemljama, koje su, iz različitih razloga, prihvatile tradiciju evropskog kontinentalnog prava.²

2. Bez obzira što i danas imamo dva velika krivičnoprocesna sistema – kontinentalno-evropski i anglosaksonski (adverzijalni) sistem, ipak treba naglasiti da zadnjih decenija sve više dolazi do izražaja konvergencija elemenata iz ova dva velika sistema, što je posljedica globalističkih tendencija ne samo na političkom i ekonomskom planu, nego i na normativnom.

Ne sporeći značaj, odnosno potrebu preuzimanja određenih elemenata iz drugog krivičnoprocesnog sistema, pogotovo onih koji doprinose efikasnosti krivičnog postupka, ipak treba sačuvati, u određenoj mjeri, i nacionalnu pravnu tradiciju. Nije to samo radi očuvanja nekog svog identiteta i u tom segmentu, nego prevashodno radi toga što vještačko kalemljenje elemenata iz drugog tipa krivičnog postupka može dovesti do ogromnih praktičnih problema, a prije svega, do nesnalaženja subjekata postupka u novom krivičnoprocesnom ambijentu, a što onda može da dovede do neefikasnog ili nepravilnog, odnosno i do neefikasnog i nepravilnog krivičnog postupka.³

Bez obzira što se sve više brišu granice između dva, naprijed navedena, krivičnoprocesna sistema, ipak treba naglasiti da posljednjih decenija zakonopisci evropskih zemalja u daleko većoj mjeri se povode za rješenjima na kojima je

-
- 1 U zakonima, kao i u teoriji prvi stadij postupka se negdje naziva pripremni, a negdje prethodni postupak, pa se može postaviti pitanje da li su to zapravo sinonimi ili ima razlike? Mislimo da se ta dva termina razlikuju. Izraz pripremni, po našem mišljenju, ima nedostatak što sugerise efemernost tog postupka (stadija) u komparaciji sa glavnim pretresom za čije pripremanje on služi. Međutim, mnoga empirijska istraživanja pokazuju da nerijetko prethodni postupak ima presudan značaj za ishod postupka, pa u takvim slučajevima ima mjesta često pominjanoj krilatici „kakva istraga, takva presuda”. (O pomenutim istraživanjima vidi: M. Petranović i I. Josipović, *Prethodni krivični postupak – neki praktični aspekti*, *Naša zakonitost*, br. 2-3, 1989).
 - 2 U najvećem dijelu taj razlog se nalazi u činjenici da su neke vanevropske zemlje dugo bile kolonije evropskih zemalja.
 - 3 Škulić, M., *Koncepcija istrage u krivičnom postupku*, RKK, br. 1, 2010, str. 66.

izgrađen adverzijalni model krivičnog postupka i idejama koje, posredno ili neposredno, potiču iz angloameričke kulture.⁴

3. Prva faza prethodnog postupka je istraga koja nije imanentna samo savremenom sistemu krivičnog postupka, nego je starija od njega i bila je glavna faza istražnog sistema krivičnog postupka. Od svog nastanka do danas istraga je mijenjala svoju fizionomiju, počev od toga ko je bio njen nosilac, kakva je bila njena svrha, koliki je bio njen obim, pa do drugih praktično-političkih osobenosti. I današnji problemi istrage, kao uostalom i krivičnog postupka u cjelini, proizilaze iz dvije osnovne protivrečnosti: tendencije za što većom efikasnošću istrage (krivičnog postupka) i tendencije zaštite prava građana. Zato bi fundamentalni aksiom u vođenju istrage, odnosno krivičnog postupka u cjelini trebalo da bude da se u što većoj mjeri postigne ravnoteža između ove dvije tendencije. U istrazi se sukob individualnog i opšteg interesa vrlo oštro i dramatično ispoljava, te dalji razvoj treba da ide za tim da se taj sukob razrešava sa što manje štete na obje strane.

U istrazi su se više nego kod bilo kog drugog instituta pokazali strukturalni problemi mješovitog krivičnog postupka. Naime, postavilo se pitanje kako prilagoditi krivičnoprocesno pravo promjenama u sferi materijalnog krivičnog prava gdje se, pod uticajem novih škola, pažnja sa objektivnog (krivično djelo) usredredila ka subjektivnom (učinilac). To je za posljedicu imalo jačanje položaja okrivljenog kao procesnog subjekta, a naročito prava na odbranu, što je inače u vezi sa opštim razvojem shvatanja o pravima građana, te njihovoj međunarodnopravnoj i ustavnopravnoj zaštiti. Imajući u vidu sva ova pitanja i probleme koji se javljaju u istrazi ne treba da iznenađuje to što u literaturi možemo naći i takva mišljenja po kojima strategiju krivične istrage treba uzeti kao novo polje naučnog istraživanja koje bi se bavilo „planiranjem i primjenom kompleksnih mjera u istraživanju, kao i kontrolom i prevencijom kriminala.”⁵

Jedan od bitnih preduslova za ostvarivanje zadatka istrage (da postigne ravnotežu između naprijed navedene dvije tendencije) jeste stvaranje normativne osnove, što je problem ne samo zakonodavca nego i teoretičara i praktičara koji treba da pomognu zakonodavcu u kreiranju normativnog ambijenta.

4. Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva u zemljama bivše SFRJ neizostavno je zahvatila i pitanje istrage, a u okviru njega i glavno pitanje kome subjektu povjeriti istragu. U te reforme negdje se ulazilo bez prethodno obavljenih priprema i empirijskih istraživanja, negdje nešto temeljitije i studioznije, a manje-više uglavnom se pribjeglo preuzimanju tuđih rešenja često zaboravljajući da je

4 Đurđić, V., Komparativnopravna rešenja o prethodnom krivičnom postupku i njihova implementacija u srpsko krivičnoprocesno zakonodavstvo, RKK, br. 1, 2009, str. 44.

5 O tome šire: Lowe-Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerihstverfassungsgesetz, Groskommentar, 23. Auflage, Zweiter Band, Berlin, 1988, par. 160-169, C., Roxin, Strafverfahrensrechth, 22, Auflage, Munchen, 2002.

normativna osnova, pa makar se ona svodila na „kopiranje” tuđih zakonskih rješenja, samo jedan element u mozaiku drugih uslova (elemenata) za dobru istragu kao što su materijalno-tehnički, kadrovski i slično. Utisak je da se nastojalo da se što prije oslobodi „plašta” starog i da se zaodene u novo ruho nekad i ne misleći kako će se to sve primijeniti u praksi. U ovom radu akcenat će biti na konceptu istrage u svijetlu novog Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, a u mjeri koliko to dozvoljava obim ovog rada osvrnućemo se i na pitanje istrage u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine, Hrvatske i Srbije, gdje se sa tradicionalnog nekad zajedničkog sudskog koncepta istrage prešlo na tužilački koncept istrage.

2. Istraga u zakonodavstvu Bosne i Hercegovine

1. Bosna i Hercegovina je prva⁶ sa sudskog koncepta istrage prešla na tužilački i skoro da je ne samo u pogledu istrage, nego i glavnog pretresa prešla na adverzijalni krivičnoprocesni sistem.

Istraga obuhvata ne samo one radnje koje su u sudskom konceptu istrage predstavljale istražne radnje, nego i one koje su se preduzimale u ranijem pretkrivičnom (predistražnom) postupku. U tom smislu i za pokretanje istrage dovoljno je da postoje osnovi sumnje da je izvršeno krivično djelo.

Osnovi sumnje se opisuju kao oblik vjerovatnoće koji se temelji na određenim okolnostima i koji ukazuje na mogućnost postojanja krivičnog djela i nekog lica kao mogućeg učinioca. Pokretanje i vođenje istrage povjerava se tužiocu⁷ – čl. 216. ZKP uz učestvovanje ovlašćenih službenih lica koja imaju odgovarajuća ovlašćenja unutar policijskih organa u BiH, uključujući Državnu agenciju za istragu i zaštitu, Državnu graničnu službu, sudsku i finansijsku policiju, carinske i poreske organe, te organe vojne policije BiH.

Istraga se pokreće naredbom kao jednim internim aktom tužioca kojim se postiže nekoliko ciljeva. Na prvom mjestu danom donošenja naredbe počinje teći rok tužiocu za sprovođenje istrage, drugo, naredba sadrži podatke o licu za koje postoje osnovi sumnje da je izvršilo krivično djelo i treće, naredba sadrži detaljan opis radnji osumnjičenog koje predstavljaju osnov sumnje da je učinjeno određeno djelo. U naredbi se navode okolnosti koje treba istražiti i koje su to istražne radnje koje će se u tu svrhu preduzeti, na temelju kojih treba da se utemelji osnovana sumnja da je neko lice učinilo krivično djelo što predstavlja osnov za podizanje optužnice. Istraživanje drugih okolnosti van onih koje se odnose na obilježja

6 Zakon o krivičnom postupku BiH objavljen je u Službenom glasniku BiH, br. 26/2004 i br. 63/2004.

7 Misli se na državnog tužioca jer je BiH jedna od rijetkih zemalja koja ne poznaje institut oštećenog kao tužioca i privatnog tužioca.

krivičnog djela i krivičnu odgovornost osumnjičenog predstavljalo bi kršenje osnovnih ljudskih prava osumnjičenog i drugih lica.⁸

2. Položaj oštećenog u odnosu na ranije stanje zakonodavstva znatno je izmijenjen i pogoršan. Ne može se pojaviti u ulozi supsidijarnog tužioca u slučaju ako državni tužilac ne pokrene istragu ili odustane od gonjenja. U članu 216. st. 4. ZKP se kaže da o nesprovođenju istrage, kao i o razlozima za to, tužilac će obavijestiti oštećenog i podnosioca prijave u roku od tri dana i oni mogu u roku od osam dana da podnesu pritužbu uredu tužioca. Šta mogu da ostvare tom pritužbom nigdje se ne navodi.

3. Naprijed smo naveli da u istrazi tužiocu pomažu određena službena lica, pa je u članu 219. ZKP regulisano pitanje uzimanja izjava od određenih lica i prikupljanje drugih dokaza, što preduzimaju ta službena lica. Ako su te izjave uzete na zakonom uređen način i zapisnički zabilježene onda se zapisnici o prikupljenim izjavama mogu upotrijebiti kao dokaz u krivičnom postupku. Kada zakonodavac kaže da se može koristiti kao dokaz o krivičnom postupku, nije jasno da li se misli samo kao dokaz za podizanje optužnice, ili se pak može koristiti i kao dokaz na glavnom pretresu. Imajući u vidu odredbu člana 223. ZKP o tzv. sudskom obezbjeđenju dokaza, prije bi se moglo zaključiti da je riječ o dokazima za podizanje optužnice.

4. Sudsko obezbjeđenje dokaza odnosi se na saslušanje svjedoka (čl. 223) i za to je potrebno da se ispuni nekoliko uslova: a) saslušanje svjedoka treba da bude u interesu pravde, b) potrebno je da postoji mogućnost i vjerovatnoća da taj svjedok neće biti dostupan sudu za vrijeme glavnog pretresa, što obrazlaže ona stranka koja predlaže sudsko obezbjeđenje dokaza i c) potrebno je da postoji predlog stranaka ili branioca sudu za sudskim obezbjeđenjem dokaza. O sudskom obezbjeđenju dokaza odlučuje sudija za prethodni postupak.

3. Istraga u zakonodavstvu Hrvatske

1. Novi Zakon o kaznenom postupku Hrvatske Sabor je donio na sjednici održanoj 15. decembra 2008. godine.

Zakonik u odnosu na prijašnji donosi dosta novina, uključujući i promjenu koncepta istrage. Istraga je, u principu, povjerena državnom tužiocu (izvorno, državnom odvjetniku). Naglašavamo u principu, budući da je predviđeno i učešće istražitelja pa i sudije za istragu u određenim slučajevima. Slično kao i u sudskom konceptu istrage istrazi prethodi preduzimanje određenih policijskih radnji u okviru izvida kaznenih djela, pa i preduzimanje određenih dokaznih radnji u slučaju opasnosti od odlaganja (čl. 213. ZKP).

⁸ Vidi Komentar Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u BiH, Zajednički projekat Vijeća Evrope i Evropske komisije, Sarajevo, 2005, str. 588.

2. Postoje dvije vrste istrage – obavezna istraga koja se provodi za kaznena djela za koja je propisana kazna dugotrajnog zatvora i fakultativna istraga koja se vodi i za druga kaznena djela za koja se vodi redoviti kazneni postupak.

Državni odvjetnik izdaje nalog o provođenju istrage u roku od 90 dana od upisa kaznene prijave u upisnik kaznenih prijava, ako postoje osnovi sumnje da je učinjeno krivično djelo za koje se sprovodi istraga. Dakle, to je niži stepen vjerovatnoće od onog koji se tražio u sudskom konceptu istrage. Nalog se dostavlja okrivljenom u roku od osam dana od dana izdavanja zajedno sa poukom iz člana 239. st. 1. ZKP, osim ako okrivljeni nije poznat, iz čega se može zaključiti da državni odvjetnik može da izda nalog za pokretanje istrage i protiv nepoznatog okrivljenog, što u sudskom konceptu istrage nije bilo moguće. Dostava naloga o pokretanju istrage može se odgoditi do mjesec dana ako bi se dostavom ugrozio život ili tijelo ili imovina velikih razmjera. Osim toga, nalog se dostavlja i oštećenom s poukom o pravima iz člana 55. ZKP (čl. 218. ZKP).

3. Istragu provodi državni odvjetnik, ali on može da povjeri provođenje dokaznih radnji istražitelju, a o kom profilu istražitelja se radi zavisi od predmeta istraživanja. Na osnovu odluke državnog odvjetnika u složenim istražnim predmetima osim istražitelja sudjeluju i državnoodvjetnički savjetnici i stručni saradnici. Oni mogu pripremati provođenje pojedinih dokaznih radnji, primati izjave i predloge, te samostalno poduzeti pojedinu dokaznu radnju koju im je državni odvjetnik povjerio.

4. Položaj oštećenog u istrazi znatno je povoljniji nego po ZKP BiH. Tako, oštećeni može državnom odvjetniku podnositi predloge da se istraga dopuni, te sudjelovati u radnjama u istrazi kad je to propisano zakonom. U slučaju odbačaja krivične prijave ili odustanka od kaznenog progona oštećeni koji je preuzeo krivično gonjenje može predložiti provođenje istrage sudiji za istragu⁹, osim u slučajevima kad je to isključeno po Zakonu (čl. 225. ZKP). Ako sudija za istragu prihvati predlog, istragu ne provodi sudija za istragu, nego po nalogu sudije istražitelj i oštećeni može prisustvovati radnjama u istrazi i može sudiji za istragu predlagati da naloži istražitelju provođenje radnji. Ako ne prihvati predlog oštećenog kao tužioca o provođenju radnji sudija za istragu o tome obavještava oštećenog. Kad sudija za istragu ustanovi da je istraga završena, obavijestiće o tome oštećenog i upozoriti gdje se nalazi spis i drugi predmeti i da može da izvrši uvid u spise kao i da je dužan da u roku od osam dana podnese optužnicu.

5. Nakon prijema naloga o provođenju istrage okrivljeni može državnom odvjetniku predložiti preduzimanje dokaznih radnji. Ako državni odvjetnik prihvati predlog provešće odgovarajuću dokaznu radnju, a ako se ne složi sa predlogom okrivljenog dostavlja ga u roku od osam dana sudiji za istragu i o tome pismeno obavještava okrivljenog. Sudija nalogom odlučuje o predlogu okrivljenog.

9 Po ZKP Crne Gore može predložiti provođenje nekih istražnih radnji, a ne istrage u cjelini.

6. Novim zakonom uveden je jedan novi institut, a to je dokazno ročište kojeg provodi sudija za istragu na predlog državnog odvjetnika, oštećenog kao tužioca ili okrivljenog. Dokazno ročište će se provesti ako:

1. je potrebno ispitati posebno osjetljive kategorije svjedoka (dijete, maloljetnik),
2. svjedok neće moći biti ispitan na raspravi,
3. je svjedok izložen uticaju koji dovodi u pitanje istinitost iskaza,
4. se drugi dokazi neće moći kasnije izvesti.

Dokaznom ročištu mora prisustvovati državni odvjetnik, a ako nije drugačije propisano mogu prisustvovati okrivljeni, oštećeni kao tužilac, branilac i oštećeni (čl. 236. ZKP).

Ako ne prihvati predlog o provođenju dokaznog ročišta, sudija za istragu će u roku od 48 sati rješenjem odbiti predlog protiv kojeg predlagač ima pravo žalbe u roku od 24 sata. O žalbi odlučuje vijeće u roku od 48 sati.

Kako se tužilačka istraga pokazala u praksi rano je donositi zaključke budući da je nepuna godina dana otkako se odredbe novog ZKPo istrazi primjenjuju u praksi.

4. Istraga u zakonodavstvu Srbije

1. Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva u Srbiji započela je još dok je bila u zajednici sa Crnom Gorom (kao SRJ i DZ SCG), prvo donošenjem Zakonika o krivičnom postupku SRJ 2001. godine, koji je faktički bio samo Zakonik Srbije, jer se u Crnoj Gori nije primjenjivao iz političkih razloga (jer u njegovom donošenju nijesu učestvovali legitimni predstavnici Crne Gore) i nakon toga donošenjem Zakonika o krivičnom postupku Srbije 2006. godine, koji, iako je stupio na snagu, nikad nije primjenjivan i stavljen je van snage. Nakon toga uslijedio je rad na pripremanju novog ZKP kojeg je usvojila Narodna Skupština Republike Srbije 26. septembra 2011. godine i koji je objavljen u „Službenom glasniku RS”, br. 72/2011 od 28.09.2011. godine.

Rijetko je koji zakonski tekst, još dok je bio i u fazi nacрта, odnosno predloga naišao na takvu kritiku, kao novi ZKP Srbije.¹⁰

Jedinstvena je ocjena naprijed navedenih teoretičara da je novi ZKP skoro u potpunosti napustio dosadašnji kontinentalno-evropski model krivičnog postupka

10 Vidjeti: Škulić, M., Pogrešna koncepcija Nacrta Zakonika o krivičnom postupku Srbije, RKK, br. 2, 2010, str. 41-71, Koncepcija istrage u krivičnom postupku RKK, br. 1, 2010, str. 57-79, Škulić, M., i Ilić, G., Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Reforma u stilu „jedan korak naprijed – dva koraka nazad”, Beograd, 2012, izdavač Pravni fakultet u Beogradu i Udruženje javnih tužilaca i zamjenika javnih tužilaca Srbije; Bejatović, S., Radna verzija ZKP Republike Srbije i tužilački model istrage, RKK, br. 2, 2010, str. 23-41. Aktualna pitanja tekuće reforme krivičnoprocesnog zakonodavstva Srbije, RKK, br. 1, 2010, str. 37-57; Đurđić, V., Komparativnopravna rješenja o prethodnom krivičnom postupku i njihova implementacija u srpsko krivičnoprocesno zakonodavstvo, RKK, br. 1, 2009, str. 49-63.

i prešao na adverzijalni sistem. To se ogleda ne samo po napuštanju sudskog modela istrage¹¹, nego u uspostavljanju stranačkog postupka, što je osnovno obilježje adverzijalnog sistema. Inače, naše procesno zakonodavstvo, za razliku od zemalja sa stabilnijim pravnim poretkom, češće se mijenjalo, ali sve do donošenja novog ZKP nije prekidalo vezu sa onim što je kod nas i ne samo kod nas tradicionalno. Do sada su teoretičari dali ocjenu novog ZKP Srbije. Međutim, to je slika novog ZKP samo iz jedne vizure. Komplet sliku dobićemo onda kada dođe do njegove primjene u praksi, a primjena integralnog teksta treba da počne 15. januara 2013. godine.

2. Iako se pitanje istrage postavilo kao centralno pitanje ili pitanje nad pitanjima, mislimo da to nije najznačajnije pitanje u novom ZKP Srbije. Po našoj i ne samo našoj ocjeni problem koji će se najviše odraziti na položaj krivičnoprocesnih subjekata jeste izostavljanje načela istine i pasiviziranje suda u dokaznom postupku. Međutim, to nije tema ovog rada. Pažnja ovog rada usredsređena je na pitanje istrage koja je novim ZKP-om dodijeljena javnom tužiocu. Priroda i obim rada ne dozvoljava nam da se detaljnije upuštamo u analizu i ocjenu odredbi ZKP o istrazi, pa ćemo se osvrnuti na najvažnija pitanja istrage.

3. Istrazi kojom shodno čl. 7. tač. 1. ZKP započinje krivični postupak, prethodi djelatnost određenih subjekata koja se sada naziva predistražni postupak (ranije pretkrivični postupak). Predistražnim postupkom rukovodi javni tužilac koji je ovlašćen da preduzima radnje radi gonjenja učinilaca krivičnih djela, s tim što te radnje može povjeriti i policiji, koja je dužna da te radnje izvrši i o tome obavijesti javnog tužioca (čl. 285. ZKP). Policija može da u predistražnom postupku preduzima i dokazne radnje i dokazi pribavljeni tim radnjama, ako su sprovedene po zakonu, mogu biti korišćeni u daljem toku krivičnog postupka (čl. 287. st. 2. ZKP). Ne kaže se na šta se misli kad se kaže „u daljem toku postupka”, da li se misli na stvaranje osnove za donošenje naredbe o pokretanju istrage, za podizanje optužnice ili možda i za donošenje presude.

4. Istraga se pokreće naredbom nadležnog javnog tužioca. Naredba se donosi prije ili neposredno poslije prve dokazne radnje koju su preduzeli javni tužilac ili policija u predistražnom postupku, a najkasnije u roku od trideset dana od dana kada je javni tužilac obaviješten o prvoj dokaznoj radnji koju je policija preduzela (čl. 296. ZKP). Naredba se dostavlja osumnjičenom i njegovom braniocu, ako ga ima, zajedno sa obavještenjem o prvoj dokaznoj radnji kojoj mogu prisustvovati, a o pokretanju istrage javni tužilac obavještava i oštećenog i poučava ga o pravima iz člana 50. ZKP. Slično kao u zakonodavstvu BiH i Hrvatske istraga se može pokrenuti i protiv nepoznatog učinioca. Ovo je naišlo na kritiku uz ocjenu da ova odredba ne samo da nema opravdanja, već je u direktnoj suprotnosti sa ne malim bro-

11 Nesudski model istrage nije svojstven samo kontinentalnoevropskim pravnim sistemima, jer i u ovim sistemima imamo tužilačku istragu (na primjer: Austrija, Njemačka), ali su oni sačuvali mješoviti sistem krivičnog postupka sa aktivnom pozicijom suda u izvođenju i predlaganju dokaza.

jem opšteprihvaćenih rješenja u krivičnom materijalnom i procesnom zakonodavstvu¹². Tako, na primjer, u suprotnosti je sa odredbom člana 14. st. 1. i 2. KZRS iz koje jasno proizlazi da „nema krivičnog djela bez krivice”, a pitanje krivice moguće je posmatrati samo u kontekstu konkretnog, a ne nekog nepoznatog lica.¹³

Nadalje, slično kao u zakonodavstvu BiH i Hrvatske za pokretanje istrage dovoljan je najniži stepen sumnje – osnov sumnje. Taj isti stepen sumnje traži se i za postupanje policije u predistražnom postupku, pa je i ova odredba naišla na kritiku, jer se pokretanje i vođenje krivičnog postupka ne može zasnivati na pretpostavkama, nego na stvarnim i konkretnim podacima,¹⁴ te da s obzirom na sve implikacije pokretanja postupka, on se ne može pokretati na osnovu indicija.¹⁵

5. Najviše kritike izazvala je odredba člana 301. st. 1. ZKP po kojoj osumnjičeni i njegov branilac mogu samostalno prikupljati dokaze i materijal u korist odbrane, što je ocijenjeno kao paralelna istraga,¹⁶ a u cilju ostvarivanja ovog ovlašćenja osumnjičeni i njegov branilac imaju pravo:

- a) da razgovaraju sa licem koje im može pružiti podatke (uz pristanak tog lica),
- b) da ulaze u privatne prostorije ili prostorije koje nijesu otvorene za javnost, u stan ili prostorije povezane sa stanom (uz pristanak njihovog držaoca) i
- c) da od fizičkog ili pravnog lica preuzmu predmete i isprave i pribave obavještenja kojima ono raspolaže, uz njegovu saglasnost.

Kako će se sve ovo realizovati u praksi, da li će i kako biti dostupni ovi izvori dokaza pokazaće praksa, ali već ima mišljenja da će to biti „privilegija” bogatih okrivljenih koji će biti u mogućnosti da angažuju najbolje advokate.¹⁷

6. Iako je istraga u načelu tužilačka, može da dođe do uključivanja policije u izvršenje pojedinih dokaznih radnji, ako joj to javni tužilac povjeri (čl. 299. st. 4).

Osim policije u istragu može da se uključi i sudija za prethodni postupak ukoliko javni tužilac odbije predlog osumnjičenog i njegovog branioca za preduzimanje dokazne radnje ili ako o predlogu ne odluči u roku od osam dana od dana podnošenja predloga. U tom slučaju osumnjičeni i njegov branilac mogu podnijeti predlog sudiji za prethodni postupak i ako predlog usvoji, sudija za prethodni postupak naložiće javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju u korist odbrane i odrediti mu rok za to (čl. 303. ZUP).

7. Kao što smo naveli, sva prethodno navedena zakonodavstva iako su prihvatila model tužilačke istrage, u određenim slučajevima za preduzimanje

12 Bejatović, S., *Tužilački model istrage*, str. 33.

13 Brkić, S., *Kritički osvrt na prvu glavu radne verzije Nacrta ZKP Srbije od 14. septembra 2010. godine*, RKK br. 2/2010, str. 71-95.

14 Simović, M., *Značenje „osnovane sumnje” iz četvrtog amandmana na Ustav SAD*, Zbornik „*Krivično zakonodavstvo Srbije i standardi EU*”, Beograd, 2010.

15 Vidi: Soković, S., *Dokazivanje indicijama*, Kragujevac, 1997.

16 Bejatović, S., *Tužilački model istrage*, str. 35. Škulić, M., *Pogrešna koncepcija...*, str. 53.

17 Škulić, M., *Reforma u stilu...*, str. 58.

određenih dokaznih radnji uključuje se i sud. Po zakonodavstvu BiH, Hrvatske, Crne Gore (o čemu ćemo govoriti u nastavku) sud se uključuje radi tzv. sudskog obezbjeđenja dokaza u slučaju kada postoji opasnost da se neki dokaz neće moći ponoviti na glavnom pretresu, zbog toga što različit kredibilitet imaju dokazi izvedeni u istrazi od strane tužioca i od strane suda. Dokazi izvedeni u istrazi od strane nesudskog organa ponovo se izvode na glavnom pretresu shodno načelu neposrednosti. Po ZKP Srbije uključenje sudije za prethodni postupak u istragu različito je u odnosu na ova druga zakonodavstva u smislu što on sam ne preduzima dokaznu radnju, nego nalaže javnom tužiocu da preduzme dokaznu radnju.

Ispada da rukovodiocu ne samo predistražnog postupka, nego i istrage neko drugi nalaže, kao rukovodiocu, da preduzme dokaznu radnju i to u korist odbrane. To je posljedica (po nama negativna) izostavljanja načela istine u novom ZKP Srbije i u ovom dijelu postupka.

5. Istraga u zakonodavstvu Crne Gore

1. Reforma krivičnoprocesnog zakonodavstva u Crnoj Gori započela je još u okviru Državne Zajednice Srbije i Crne Gore donošenjem Zakonika o krivičnom postupku 2003. godine¹⁸. Reforma je ubrzo nastavljena donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama ZKP 2006. godine.¹⁹ I skoro da se ne „naviknemo” na novi zakonik, a on se mijenja. Tako je nakon tri godine, jula mjeseca 2009. godine²⁰ donesen novi ZKP čiji početak primjene je odložen za godinu dana. Ali ni to nije bilo dovoljno pa je jula mjeseca 2010. godine²¹, donesen Zakon o izmjenama ZKP sa samo jednim članom da se za godinu dana odlaže njegova primjena, tako da se novi ZKP u Crnoj Gori primjenjuje nepunu godinu dana.

Osnovni razlog za najnoviju reformu krivičnoprocesnog zakonodavstva jeste prelazak sa sudske na tužilačku istragu. I prilikom donošenja ZKP iz 2003. godine postavljalo se pitanje promjene koncepta istrage, ali nije našlo odgovora u ZKP jer je tada ocijenjeno da još tada nijesu sazreli uslovi za takvu promjenu, misleći, u prvom redu, na reformu policije i državnog tužioca i njihove spremnosti da istragu prihvate. Ono što je do skora bio jedan od razloga zadržavanja sudske istrage jeste da je sudska istraga najveći garant ljudskih prava i sloboda, te da bi se njeno izmještanje i povjeravanje nesudskim organima negativno odrazilo na pitanje sloboda i prava čovjeka. Međutim, danas taj razlog više ne postoji, između ostalog, zato što su ljudska prava, naročito nakon ratifikacije Evropske konvencije u znatnoj mjeri internacionalizovana, tako da im više ne prijete opasnost ni od bilo

18 „Službeni list“, br. 71/03.

19 „Službeni list“, br. 47/06.

20 „Službeni list“, br. 57/09.

21 „Službeni list“, br. 49/10.

kog organa kojem je istraga povjerena. Ratifikacijom pomenute Konvencije država je pristala da odluke njenih organa podliježu kontroli Evropskog suda za ljudska prava, te u uslovima eksterne kontrole svi će domaći organi vlasti morati približno podjednako biti obazrivi i pažljivi prema građaninu i njegovim ljudskim pravima.²²

2. Dakle, istragu vodi državni tužilac. Za pokretanje istrage potrebno je da se ispune sledeći uslovi: a) da postoji osnovana sumnja da je neko lice učinilo krivično djelo, b) da je individualiziran okrivljeni i v) da je određeno krivično djelo. Razlika u odnosu na naprijed analizirana zakonodavstva je u pogledu stepena vjerovatnoće (veći je stepen vjerovatnoće) kao i po tome što se istraga ne može pokrenuti protiv nepoznatog učinioca. Zakonik ne određuje šta se smatra osnovanom sumnjom, koliki je to „kapacitet” izvjesnosti o krivičnom djelu i učiniocu, ali i do sada je na ovim prostorima bio potreban ovaj stepen vjerovatnoće i u praksi nije predstavljao probleme. U tom smislu, i u teoriji i u praksi prihvaćeno je da se pod ovim pojmom podrazumijevaju takve situacije u kojima činjenice i okolnosti konkretnog krivičnog događaja upućuju na zaključak i ukazuju na to da je određeno lice izvršilac krivičnog djela koje mu se stavlja na teret.²³

U istrazi državni tužilac nastupa kao državni organ kojeg obavezuje načelo istine, što znači da je dužan da prikuplja i izvodi dokaze ne samo na štetu okrivljenog, nego i u njegovu korist. Istrazi prethodi djelatnost određenih subjekata, koju ZKP naziva izvidajem (raniji pretkrivični postupak), čiji je zadatak da obezbijedi dovoljno dokaza i podataka kojima će se osnovi sumnje kao stepen vjerovatnoće potreban za pokretanje izvidaja transformisati u osnovanu sumnju koji stepen vjerovatnoće je potreban za pokretanje istrage. Rukovodilac i izvidaja i istrage je državni tužilac. Državni tužilac donosi naredbu o sprovođenju istrage, nakon što prethodno sasluša osumnjičenog. Iz teksta ZKP se ne vidi da li će postojati u tužilaštvima istražni državni tužioci (odnosno zamjenici), poput istražnih sudija, koji će voditi istragu, ali pošto je i u novom ZKP zadržana mogućnost formiranja istražnih centara (da jedno tužilaštvo vrši istragu za više tužilaštava) može se zaključiti da postoje istražni državni tužioci. Da li je onda racionalno da jedan državni tužilac (zamjenik) vodi istragu, a da onda predmet da drugom zamjeniku koji će podići optužnicu.

3. Do uključivanja sudije za istragu radi preduzimanja određenih dokaznih radnji dolazi u dva slučaja. Prvi slučaj je predviđen u članu 276. st. 2. ZKP (tzv. sudsko obezbjeđenje dokaza) gdje na zahtjev tužioca ili okrivljenog (ZKP kaže na zahtjev stranaka, što je pogrešno jer u istrazi nema stranaka) određene dokazne radnje u istrazi može sprovesti sudija za istragu ako posebne okolnosti očigledno ukazuju da takve radnje neće moći da se ponove na glavnom pretresu ili bi izvođenje dokaza

22 Grubač, M., *Kritika novog Zakonika o krivičnom postupku*, RKK, br. 2, 2006, str. 29.

23 Vidjeti: Vasiljević, T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Beograd, 1981, str. 479. Bejatović, S., *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2008, str. 385.

na glavnom pretresu bilo nemoguće, odnosno znatno otežano. Valja naglasiti da ovdje nije riječ o dokazima potrebnim za podizanje optužnice.

Drugi slučaj uključivanja sudije za istragu u preduzimanje određenih dokaznih radnji jeste upravo radi utemeljenja optužnice, ali ne optužnice državnog tužioca, nego oštećenog kao tužioca. Za razliku od ZKP Srbije gdje sudija za prethodni postupak nalaže javnom tužiocu da na predlog oštećenog preduzme određene dokazne radnje, ovdje sudija za istragu na predlog oštećenog koji je preuzeo gonjenje od državnog tužioca, preduzima određene dokazne radnje jer je oštećeni ocijenio da mu je to potrebno za podizanje optužnice. Ako sudija za istragu odbije takav predlog o tome odlučuje vanraspravno vijeće iz člana 24. st. 7. ZKP. Inače o mjerama i radnjama koje predstavljaju ograničenje sloboda i prava okrivljenog u istrazi odlučuje sudija za istragu.

4. Ostala pitanja vezana za istragu, kao što su svrha istrage, otvorenost istrage, okončanje istrage i slično, regulisana su kao i u ranijoj sudskoj istrazi. Međutim, treba napomenuti kad je riječ o svrsi istrage u onom dijelu koji se odnosi na prikupljanje dokaza i podataka za koje postoji opasnost da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu ili bi njihovo izvođenje bilo otežano, da to mora da učini sudija za istragu, a ne državni tužilac, da bi se na tim dokazima mogla zasnivati sudska odluka.

Završetak istrage državni tužilac konstatuje sačinjavanjem službene zabilješke.

Pored uvodnih napomena, naprijed smo se ukratko osvrnuli na osnovna pitanja koncepta istrage u četiri države bivše SFRJ. Vidjeli smo sličnosti i razlike u konceptima. U nastavku ćemo se osvrnuti još na neka pitanja i probleme koji mogu da se uzmu kao zajednički za sva analizirana zakonodavstva.

6. Još neka pitanja u vezi sa istragom

Bez obzira što je najveći broj kontinentalno-evropskih zemalja prešao sa sudske na tužilačku ili tužilačko-policijsku istragu, uključujući i zemlje koje se smatraju rodonačelnicima sudske istrage²⁴, i dalje su mišljenja podijeljena, pa imamo i dalje zagovornike sudske istrage²⁵, koji su, doduše, u manjini i zagovornike tužilačke istrage²⁶

24 Ilić, G., Položaj i uloga policije u prekrivičnom i prethodnom krivičnom postupku u francuskom krivičnom procesnom pravu, u publikaciji „Policija i prekrivični i prethodni krivični postupak”, VUSP, Beograd, 2005.

25 Grubač, M., Krivično procesno pravo, Posebni deo, Službeni glasnik, Beograd, 2002, str. 46. Lazin, Đ., Sudska istraga – dileme i problemi, RKK, br. 2, 2006, str. 80

26 Bejatović, S., Tužilački koncept istrage i novi Zakonik o krivičnom postupku RS, u publikaciji „Primena novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije”, Kopaonik, 2007, str. 51-77. Đurđić, V., Konceptijska doslednost tužilačke istrage prema novom Zakoniku o krivičnom postupku, u publikaciji „Primena novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije”, Kopaonik, 2007, str. 77-95, Simović, M., i Simović, V., Krivično procesno pravo II, Istočno Sarajevo, 2011, str. 34-40, Radulović, D., Krivično procesno pravo, Podgorica, 2009, str. 274, Škulić, M., Konceptija istrage u krivičnom postupku, RKK, br. 1, 2010, str. 57-78.

Sudskoj istrazi se prigovaralo da ne doprinosi efikasnosti krivičnog postupka²⁷, da je isuviše kabinetska i da je angažovanje istražnog sudije, uglavnom, skoncentrisano na prikupljanje ličnih podataka.²⁸

Izuzev BiH gdje tužilačka istraga „živi” skoro deset godina, u ostalim državama čija smo zakonodavstva analizirali, kratak je period primjene novog zakonodavstva da bismo davali vrijednosne sudove, pa i odgovor na pitanje da li će i tužilačka istraga biti kabinetska i oslanjati se na dokaze i podatke prikupljene u izviđaju (predistražnom postupku).

Razlozi za zadržavanje sudskog koncepta istrage njegovi protagonisti vide i u mogućoj neobjektivnosti državnog tužioca koji u tužilačkom konceptu istrage kumulira istražnu funkciju i funkciju gonjenja. Međutim, ovaj prigovor se ne može prihvatiti, bar kad je riječ o zakonodavstvu Crne Gore. Naime, državni tužilac u istrazi postupa kao državni organ kojeg, kao i sud, obavezuje načelo istine (čl. 16. st. 1. ZKP) gdje je rečeno da su „sud, državni tužilac i drugi državni organi koji učestvuju u krivičnom postupku dužni da istinito i potpuno utvrde činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonite i pravične odluke, kao i da sa jednakom pažnjom ispituju i utvrde činjenice koje terete okrivljenog i one koje mu idu u korist”. Kako će se ova odredba primjenjivati u praksi, drugo je pitanje i ostaje otvoreno. Istina, nije rijetka pojava raskoraka između teorije i prakse.

Međutim, prelazeći sa sudske na tužilačku istragu i očekujući da će ona biti efikasna i da će državni tužilac u preduzimanju dokaznih radnji biti objektivan i nezavisan, zaboravilo se na ustavno određenje državnog tužilaštva koje se od ustavnog određenja suda razlikuje po tome što državno tužilaštvo po Ustavu (kad je riječ o Crnoj Gori) nije nezavisan organ nego samo samostalan. Na drugoj strani, zakoni o organizaciji i uređenju državnog (javnog) tužilaštva promovisu određene principe kao što je princip hijerarhije (podređenosti nižeg tužioca višem), pa se može postaviti pitanje da li državni tužilac koji nije nezavisan i koji je podređen višem, uključujući i vrhovnog, može da bude i u istrazi objektivan. Ili još dalje, da li je prije prelaska na tužilačku istragu, kako je to regulisano ZKP, bilo potrebno stvoriti normativnu osnovu za novu poziciju državnog tužioca u istrazi uključujući i ustavne promjene i promjene zakona o uređenju i organizaciji državnog tužilaštva.

Premještanje istrage iz suda u državno tužilaštvo, neminovno bi trebalo da se odrazi i na određena načela krivičnog postupka, prevashodno na načelo neposrednosti i kontradiktornosti. To znači da dokazi izvedeni u istrazi od strane nesudskog organa (državnog tužioca i policije) moraju biti ponovo izvedeni na

27 Prigovori sudskoj istrazi da je neefikasna nijesu zasnovani na istraživanjima, jer koliko nam je poznato takvih istraživanja kod nas nije bilo zadnjih godina.

28 Bejatović, S., *Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog procesnog prava i neka pitanja našeg procesnog krivičnog zakonodavstva*, u publikaciji „Nove tendencije u savremenoj nauci krivičnog prava i naše krivično zakonodavstvo”, Zlatibor, 2005.

glavnom pretresu, što je i stvorilo potrebu za sudskim obezbjeđenjem dokaza u istrazi (što su, osim Srbije, u svom zakonodavstvu predvidjele ostale države čije smo zakonodavstvo analizirali).

Zato i tamo gdje nemamo izričite odredbe ko preuzima određenu dokaznu radnju, kao što je prikupljanje dokaza za koje je očigledno da se neće moći ponoviti na glavnom pretresu (u okviru svrhe istrage), preuzima sud, a ne tužilac. To dalje znači da sudsko obezbjeđenje dokaza u istrazi nije u službi stvaranja dokazne osnove za optužnicu, nego za presudu.

Svrha istrage determiniše i njen obim. Kakva istraga po obimu treba da bude? Ne treba da bude takva da glavni pretres bude repriza istrage (kao što je u sudskom konceptu istrage bilo), nego treba da bude dovoljna za utemeljenje optužnice, odnosno ne treba da bude ni potpuna ni sumarna, već svedena na ono što se u pojedinom slučaju pokazuje potrebnim, pri čemu odlučujuću ulogu ima složenost, a ne težina stvari.²⁹

Na kraju, umjesto zaključka valja napomenuti da za dobru istragu nije dovoljna samo njena normativna osnova, jer i najbolja zakonska rješenja ne mogu dati dobar efekat u praktičnoj primjeni, bez odgovarajućeg socijalnog, kulturnog, političkog i opšte normativnog ambijenta.

*

*

*

Professor Drago Radulović, PhD
Faculty of Law
University of Podgorica

*THE CONCEPT OF INVESTIGATION IN CRIMINAL PROCEDURE IN THE
LIGHT OF NEW CRIMINAL PROCEDURE LEGISLATION*

The topic discussed in this paper covers expert and critical analyses of the concept of investigation carried out by public prosecutor in new criminal procedure legislation this region's countries (Montenegro, Serbia, Bosnia and Herzegovina and Croatia). Observed from the standpoint of the structure of its contents, this issue is analyzed through six groups of questions. The first refers to general remarks on the process of the reformation of criminal procedure legislation in this region's countries as well as the place and the role that the system of investigation has in

29 Grubač, M., i drugi, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, Tivat, 2010, str. 662.

these legal systems. The key conclusion of the analyses of this group of questions is that the change of investigation concept (replacing judicial investigation with prosecutorial investigation) represents the general characteristics of all four analyzed criminal procedure legislations. Next four groups of questions include expert critical analyses of the prosecutorial concept of investigation in each of the observed criminal procedure legislations in the countries of this region. The fundamental conclusion of the analyses of these groups of questions is that there are numerous differences when it comes to the normative regulation of prosecutorial concept of investigation among the analyzed criminal procedure legislations. At the end of the paper, author's standpoints on two groups of questions are explained. The first is related to expert critical analyses of the advantages and disadvantages of prosecutorial concept of investigation, whereas the second deals with the practical preconditions for the accomplishment of the main cause for the transfer from judicial to prosecutorial concept of investigation - the increase of efficiency of criminal procedure as a whole and not only of this phase.

Key words: *investigation, concept, prosecutor, court, accused, suspect, Montenegro, Serbia, Croatia, Bosnia and Herzegovina, Law on Criminal Procedure*