

Др Војислав Ђурђић,
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.211.3/.4(497.11)

Рад примљен: 30.06.2015.

Рад прихваћен: 03.12.2015.

ЗАКОНСКЕ ГАРАНЦИЈЕ ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Апстракт: Право на правично суђење је међународни правни стандард који садржи комплексна процесна правила којима се надомешта инфериоран положај окривљеног у односу на државне органе кривичне репресије. С циљем да се у том контексту сагледа процесни положај окривљеног и оштећеног, у раду се излаже о европским правним стандардима који творе право на правично суђење и њиховој имплементацији у српско кривичнопроцесно законодавство. Аутор најпре даје доктринарно схватање правних стандарда уопште и приказ европских правних стандарда које инволвира право на правично суђење, да би у тако постављеним границама критички анализирао законска решења процесног кодекса из 2011. године. Аутор сматра да се, због укидања супсидијарне тужбе у истрази, отвара питање остваривања права на приступ суду, посматрано са становишта заштите права оштећеног. Затим, да је ускраћивањем права окривљеном да затражи судску заштиту приликом покретања истраге, искључено право на делотворно правно средство и уставна гаранција да о основаности покретања кривичног поступка одлучује суд. У нескладу са европским правним стандардима је и нова законска регулатива права окривљеног да учествује у поступку који се води против њега јер је новим закоником предвиђено да се истрага, у закону експлицитно дефинисана као прва фаза кривичног поступка у ужем смислу, може водити и против непознатог учиниоца. Аутор такође сматра да наметање обавезе одбрани да мора поднети доказе у одређеном року, како би уопште били изведени на главном претресу, представља изнуђивање доказних радњи окривљеног, што је у дисхармонији са претпоставком невиности, а забрана да на главном претресу изведе ненајављене доказе представља грубо

* vojadj@prafak.ni.ac.rs

кршење права на одбрану. У раду се још указује да ограничења начела непосредности и начела контрадикторности омогућавају да се судска одлука заснива на доказима које јавни тужилац или полиција изведу у истрази, чак и без присуства окривљеног и његовог браниоца, и тако потиरे „једнакост оружја“, без које нема правичног поступка.

Кључне речи: *правичан поступак, правни стандарди, право на приступ суду, „једнакост оружја“, претпоставка невиности, право на одбрану.*

1. Конститутивни елементи права на правично суђење

Било која расправа о праву на правично суђење претпоставља дефинисање два полазишта – шта се има сматрати међународним (европским) правним стандардом и која јемства потпадају под право на правично суђење, те ће о њима најпре бити речи.

Право се састоји од правних норми у којима су најчешће садржана правила о типичном, уобичајеном или најчешћем понашању. Иако у себи носе одређену меру стандардности, правне норме нису еквивалентне са међународним правним стандардима нити су по значењу синоними. Правна норма има прецизну претпоставку диспозиције и саму диспозицију, па се или примењује у целости или не примењује. Насупрот правној норми, међународни правни стандард нема а приори егзактно одређену садржину, није по садржини прецизно дефинисано правило понашања, а не мора се остваривати у потпуности већ у извесној мери, у одређеном степену, најчешће до нивоа испод којег се не сме ићи да би стандард уопште постојао, по чему је сличан са (процесним) правним начелима. И поред тога, не би се могло рећи да је међународни правни стандард исто што и правно начело, схваћено као опште правно правило које настаје синтезом правних прописа унутрашњег или међународног права из којих извире и служи заштити неке постулиране друштвене вредности (Ђурђић, 2012: 449). Иако су такође интуитивно-интерпретативне водиле, међународни правни стандарди не морају бити везани за постојеће правне норме националног или међународног права, него чешће за општа начела која признају просвећени народи (Димитријевић et al. 1997: 68). Осим тога, врло често је у један међународни правни стандард инкорпорисан већи број начела и уз њих још нека јемства.

У процесноправној и уопште у правној литератури мали је број радова о теоријском поимању међународних правних стандарда (Радуловић, 2010: 223 и 224). За потребе овога рада под међународним (европским) правним стандардом сматраћемо оно „што припада праву *ex aequo et bono*; што се

у свом елементарном облику усталило, било као идеја, било као правна чињеница; што јесте или би могло представљати универзални минимум неког правног правила, независно од тога да ли је саставни део позитивног унутрашњег или међународног права“ (Бељански, 2010: 10).

На оваквом поимању међународних правних стандарда могућа је експликација права на правично суђење, установљеног чланом 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: „Европска конвенција“). Недовољна доктринарна посвећеност појму међународних правних стандарда одражава се и на гледиште о стандардима које инволвира право на правично суђење и њихову класификацију. По нашем мишљењу, конститутивни елементи права на правично суђење односе се на судску заштиту, фундаментална начела (судског) поступка и на атрибуте суда који у националним оквирима одлучује о људским правима и слободама. Отуда и три групе стандарда кроз које се остварује право на правично суђење: (1) право на приступ суду; (2) право на правичан поступак, саздано на начелу правичног поступка, начелу јавности и начелу суђења у разумном року; и (3) право на суд, које такође у себи садржи правно тројство – право на законит суд, право на независан суд и право на непристрасан суд (*Cf.* Узелац, 2010: 104). Иако се то може рећи и за остале конститутивне елементе, веома комплексну садржину има начело правичног поступка. Узимајући у обзир мишљења и праксу Европског суда за људска права (у даљем тексту: „Европски суд“), две су групе критеријума на основу којих се оцењује правичност поступка у кривичним стварима: а) *општи*, најширег обима примене, који важе за странке у сваком судском поступку, и б) *посебни* критеријуми, који се због принудног карактера поступка односе само на окривљеног у *кривичном поступку*. Општи конститутивни елементи појма правичног поступка у било ком судском поступку јесу: (1) право странака да присуствују радњама и да буду саслушане, (2) право на „једнакост оружја“, (3) забрана незаконитих доказа и (4) обавезно образложење судских одлука. У посебне елементе правичног поступка убрајају се: (1) претпоставка невиности и (2) посебне гаранције права на одбрану (право окривљеног да буде упознат са предметом и разлoзима оптужбе, право да има довољно времена и могућности за припрему одбране, право да се брани сам или уз помоћ браниоца, право да неометано комуницира са својим браниоцем, право да разгледа и преписује списе предмета, право на бесплатног браниоца, право на бесплатну помоћ тумача, право на саслушање сведока одбране под истим условима као и сведока оптужбе, право на жалбу против кривичне пресуде, право на накнаду штете због неосноване осуде, као и забрана *ne bis in idem*) (Опширније: Ђурђић, 2006: 67–93).

У раду ће бити анализирана решења кривичнопроцесног законика из 2011. године, али само неке законске одредбе поводом којих се може поставити питање да ли обезбеђују правичност суђења сагласно европским правним стандардима.

2. Право (оштећеног) на приступ суду

Право на правну заштиту се у општој теорији права схвата као начин остваривања субјективних права (Вукадиновић, Степанов, 2001: 337), односно као једна врста правног овлашћења која улази у сам његов појам (Митровић, 2010: 634). То право се у англосаксонском правном систему означава као *право на приступ суду (Acces to Court)* и третира као самостално правно овлашћење. Суштински, право на приступ суду означава један изграђен концепт различитих формално-правних захтева (гаранција) да би се остварило само право, нпр. право на изузеће судије, право на судску одлуку у разумном року или право жалбе (Вукадиновић, Степанов, 2001: 338). Оно је уграђено у темеље правне државе, независно од могућности различитог одређивања права (Van Dijk, 1995: 345–379), и данас се с разлогом сврстава у основна људска права. Кроз право на приступ суду испољава се скоро читава цивилизација права и правосуђа, а уједно се одређује и положај суда у остваривању сврхе права (Pegović, 1995).

У Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода није експлиците предвиђено право на приступ суду, али га Европски суд за људска права узима као стандард инхерентан праву на правично суђење. Свој став Европски суд заснива на формулацији прве реченице става 1 чл. 6 ЕК, коју, по мишљењу овог суда, треба тумачити у контексту целине и у светлу циља и сврхе Европске конвенције, као међународног уговора који ствара право, и општих правних принципа. На тај начин тумачено, овај члан обухвата „право на суд“, а право на приступ суду, тј. право на покретање поступка пред судом (које се тиче грађанских питања) представља само један аспект тог права.

У вези с тим, поставља се питање има ли оштећени, као лице чије је какво лично или имовинско добро повређено или угрожено извршењем кривичног дела, право на приступ суду у кривичном поступку, схваћеном у најширем смислу. Конкретније, да ли се то право оштећеног распростире и на ситуације кад јавни тужилац не предузме кривично гоњење или од гоњења одустане, односно кад у кривичном поступку одустане од оптужбе, те да ли се његово право на покретање поступка пред судом у тим случајевима односи и на кривични суд. По питању да ли се права везана за кривични поступак односе и на оштећеног, наш Уставни суд је већ заузео

став, расправљајући о праву на суђење у разумном року, и закључио да то право припада и оштећеном у кривичном поступку.

У нашем праву, будући да је истрага традиционално судска, право на приступ (кривичном) суду оштећени је могао да оствари у току читавог кривичног поступка путем супсидијарне тужбе (којом је покретао или настављао кривични поступак) и подизањем имовинскоправног захтева (у адхезионом поступку). Након ступања на снагу новог процесног законика из 2011. године, питање остваривања права оштећеног на приступ суду приликом решавања кривичних ствари отвара се из два разлога. Најпре, зато што супсидијарна тужба није укинута у потпуности већ само у претходном поступку (у истрази па све до ступања оптужбе на правну снагу – до потврђивања оптужнице или заказивања главног претреса), а затим, зато што је погрешно законом одређен почетак кривичног поступка (чл. 7 ЗКП/20011), чиме се (заједно са другим с њима повезаним одредбама) погрешно законски дефинише сам појам кривичног поступка у ужем смислу. Кад се нова законска решења посматрају кроз призму права оштећеног на приступ суду, долази се до закључка да то његово право зависи од фазе поступка, а пре свега од органа у чијој је функционалној надлежности конкретна фаза поступка, што у крајњем може довести у питање једнакост грађана пред законом. У истом кривичном поступку (према слову новог процесног закона – у кривичном поступку у ужем смислу), ако јавни тужилац одустане од кривичног гоњења па обустави истрагу, оштећени неће имати право на супсидијарну тужбу (чл. 51 ЗКП/2011), па самим тим ни право на приступ (кривичном) суду, а ако одустане од оптужбе која је потврђена, другом оштећеном биће допуштена супсидијарна тужба (чл. 52 ЗКП/2011).

Да закључимо, укидање супсидијарне тужбе у кривичном процесном законодавству, само по себи, није у супротности с правом на приступ суду. И Европски суд тумачи да право на приступ суду не подразумева право жртве кривичног дела да сама предузме кривично гоњење,¹ тј. да сама покрене кривични поступак или захтева гоњење које ће предузети јавни тужилац (Van Dijk, Van Hoof, 2001: 395). Међутим, ако то право зависи од става органа надлежног за кривично гоњење и фазе кривичног поступка у којој одустаје од гоњења или оптужбе, онда се због могуће неправедности пред законом може поставити питање колико је правичан такав поступак. Везивањем допуштености супсидијарне тужбе за одлуку суду да има места оптужби и прописивањем да је кривични поступак у ужем смислу само судски поступак, те зависности и могуће неправедности пред законом не би било.

1 Случај *Helmerts v. Sweden*, пресуда од 29. октобра 1991, Серија А.212-А, став 29.

3. Право окривљеног на судску заштиту

У оквиру права на правично суђење, сваком лицу окривљеном за кривично дело Европска конвенција гарантује право на суд (чл. 6, ст. 1 ЕК). Као што је речено, према мишљењу Европског суда, један аспект тог права је и право на приступ суду, које се узима као правни стандард и за грађанска права и за решавање кривичних ствари. Право на приступ суду (Види: Симовић, 2009: 239–241) подразумева да лице „оптужено“ за кривично дело или дело са одређеним кривичним карактеристикама које чине применљивим члан 6 ЕК, има право да захтева да се његов предмет решава на суду. Међутим, то не значи да „оптужено“ лице може захтевати да се настави кривично гоњење или да се одржи главни претрес пред судом, него само кад се „утврђује оптужба“ да то обави суд (Van Dijk, Van Hoof, 2001: 395).

Кад се ради о правима гарантованим Европском конвенцијом, право приступа суду је у тесној вези са правом на делотворно правно средство (чл. 13 ЕК). Суштину овог права чини гаранција делотворног правног средства пред националним властима која се пружа свакоме ко сматра да су му повређена права и слободе предвиђене Европском конвенцијом.² Овом гаранцијом Конвенција непосредно намеће обавезу државама да пруже заштиту људских права превасходно унутар својих правних система.³ Она садржи захтев да се обезбеди домаћи правни лек на основу кога би националне власти разматрале суштину жалбе везану за одговарајуће право из Европске конвенције и пружиле подесно задовољење (Lič, 2007: 343).

У вези са наведеним правом на приступ суду и правом на делотворно правно средство, поставља се питање да ли законско уређење покретања јавнотужилачке истраге одговара европским правним стандардима. Наиме, према новом процесном законнику, истрага се покреће наредбом јавног тужиоца, против које окривљени нема право жалбе суду нити право приговора вишем јавном тужиоцу (чл. 296 ЗКП/2011), па се отвара питање зашто лице против кога орган гоњења „утврђује оптужбу“ нема право на судску заштиту (тј. право на приступ суду) нити право на било какво правно средство, па консеквентно и питање да ли је ново законско решење о отварању истраге у хармонији са европским стандардима. У крајњем, поставља се питање има ли законодавац обавезу да пропише правно средство против незаконито или арбитражно покренуте истраге и тако осумњиченом (за кривично дело) осигура судску заштиту.

2 Случај *Klass and others v. Germany*, A28, одлука 28. 6. 1978, ст. 64.

3 Случај *Kudla v. Poland*, одлука од 26. 10. 2000, став 152 (Reports of Judgments and Decisions 2000-XI).

Поводом покретања и спровођења јавнотужилачке истраге, разнолика су решења у упоредном праву – неке земље не предвиђају судску контролу истражног поступка (нпр. Немачка), док друге прописују одређена правна средства правне заштите и у претходном поступку, тј. и приликом покретања и спровођења истраге (нпр. Аустрија) (*Amplius*: Ђурђевић, 2010: 10–15). У том погледу засад није створен европски правни стандард обавезујући за државе чланице, нити Европски суд захтева судску контролу преткривичног и истражног поступка. Међутим, иако Европски суд није директно успоставио право окривљеног на судску заштиту од незаконите одлуке о отварању истраге у оквиру националног правног поретка, он је у већем броју предмета испитивао претпоставке за почетак и оправданост истраге и њеног трајања чиме је успоставио наднационалну контролу претпоставки за покретање и вођење јавнотужилачке истраге (Ђурђевић, 2010: 10). Управо зато што је у различитим предметима и разним поводима Европски суд разматрао законитост покретања и вођења јавнотужилачке истраге, па је у више одлука испитивао постојање основане, тј. разумне сумње (*reasonable suspicion*), која је сада код нас снижена на основе сумње, установљавање правног лека против одлуке о покретању јавнотужилачке истраге и успостављање судске заштите, предупредило би у многим случајевима осуду наше државе пред тим судом.

Независно од постојања европских стандарда, законска регулатива покретања истраге мора бити у складу са уставним гаранцијама које се тичу кривичног поступка. Приликом разматрања уставности процесног законодавства не треба губити из вида да су, приликом доношења Устава из 2006, уставна начела и гаранције везане за кривични поступак утемељене на српској процесноправној традицији судског кривичног поступка, у коме је и фаза истраге судске природе. Поред тога, и читава уставна регулатива одише јемствима судске заштите, особито домен људских права и слобода. Стога се у духу судске заштите као темељног принципа који прожима читав текст Устава, имају интерпретирати и уставне норме којима се успостављају гаранције везане за кривични поступак. Ако се потенцира предмет расправе, треба такође узети у обзир поштовање законитости и забрану арбитрерности у поступању државних органа, као захтеве који извиру из владавине права и непосредно се изводе из начела уставности и законитости, а садржани су и у уставним јемствима правичног суђења и забране самовласног ограничења личне слободе, у обиму у коме се распростиру на претходни поступак. У њиховој жижи такође је судска заштита као уставно јемство без којег би ограничења гарантованих права и слобода у кривичном поступку могла угрозити и саму есенцију тих права и слобода.

Из ове начелне расправе следи да се принцип судске заштите као фундаментални принцип уставне заштите људских прва распростире и на претходни кривични поступак, па *eo ipso* и на одлуку о отварању истраге којим ова фаза започиње. Са тог становишта посматрано, позитивноправна регулатива отварања јавнотужилачке истраге која забрањује приступ суду (чл. 296 ЗКП/2011) била би у нескладу са општим уставним принципом судске заштите људских права и слобода. Међутим, за коначну оцену уставности законског уређења почетка истраге, потребно је анализирати и уставне одредбе о праву на правично суђење и праву на правно средство, које се директно односе на кривични поступак. У оквиру уставних гаранција права на правично суђење, експлиците је предвиђена судска заштита и самим тим право приступа суду поводом одлуке о покретању кривичног поступка. Свакоме је гарантовано „право да ... суд ... расправи и одлучи о ... *основаности сумње која је била разлог за покретање поступка*, као и о оптужбама против њега“ (чл. 32, ст. 1 Устава).

И законско уређење јавнотужилачке истраге, која је уистину установљена после доношења Устава, морало би бити у складу са цитираном уставном одредбом. Евентуално супротно тумачење да се уставна одредба односи на коначну првостепену одлуку суда у кривичном поступку зато што се користи израз „*расправи и одлучи*“, што може асоцирати на расправу, тј. главни претрес у првостепеном кривичном поступку, не би се могло прихватити јер нужно води ка закаснелом изрицању правде, чиме би се дерогирала есенција права на судску одлуку о основаности сумње приликом покретања поступка. Иако су уставописци приликом формулисања уставне гаранције вероватно били инспирисани тадашњим законским решењем да се истрага покреће кад постоји основана сумња о делу и учиниоцу, уставна норма нема објективно значење да суд одлучује о основаној сумњи као степену уверења испод којег нема судске контроле покретања кривичног поступка. Смисао је уставне одредбе да се осигура судска контрола законитости и правилности покретања кривичног поступка, чиме се установљава право приступа суду као гаранција од незаконитог и арбитрерног покретања јавнотужилачке истраге. Треба тумачити да се први део цитиране уставне одредбе којом је предвиђено право на судску одлуку о „*основаности сумње која је била разлог за покретање поступка*“, односи на сваку одлуку о покретању кривичног поступка, било да започиње фазом истраге или непосредном оптужбом, а да се други део одредбе којим се установљава право на судску одлуку о „*оптужбама*“, односи на првостепену судску одлуку којом се коначно одлучује о кривичној ствари. Ни смањење чињеничног супстрата за покретање истраге са „*основане сумње*“ на „*основе сумње*“, не може дерогирати цитирану уставну одредбу,

јер њом није предвиђено да суд одлучује једино у случају кад треба оценити да ли постоји основана сумња, а не и основи сумње,⁴ него да суд цени „основаност“ сумње, тј. да ли има места сумњи, да ли има разлога за сумњу која се јавља као повод за покретање кривичног поступка.

Уобичајено се заштита људских права осигурава помоћу правних средстава, те је онда разумљиво установљавање уставне гаранције означене као право на правно средство: „Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“ (чл. 36, ст. 2 Устава). Иако се приликом покретања истраге не одлучује о неком појединачном праву или на закону заснованом интересу, формално покретање кривичног поступка директно погађа људско достојанство као неприкосновено човеково право и ограничава остваривање многих других права (право на рад, изборно право и многа друга права), те се постојање делотворног правног средства показује као преко потребно.

Из изложене интерпретације уставних норми може се извести закључак да је законодавац био обавезан да у нормативни систем покретања и вођења јавнотужилачке истраге, у закону дефинисане као прве фазе кривичног поступка, угради право приступа суду установљавањем одговарајућег поступка, што се, између осталог, могло постићи прописивањем правног средства против наредбе јавног тужиоца о покретању истраге. Установљавање права на приступ суду и делотворног правног средства било би ефикасан правни метод заштите од незаконитог и арбитрерног покретања истраге. Робовање идеји да се у истрагу суд не сме мешати, наметнуто из англоамеричког поимања кривичног поступка као парнице, уз истовремено давање доказне снаге свим истражним судским радњама као да су изведене у фер двобоју пред судом на главном претресу, у тој мери ставља осумњиченог у инфериоран положај у односу на другу процесну странку, да претходном поступку у целини одузима атрибуте правичног.

4. Право окривљеног да присуствује сопственом суђењу

Право окривљеног да присуствује сопственом суђењу предствала конститутивни елемент начела правичног поступка. С њим је тесно повезано право да буде саслушан пре доношења одлуке, а даља консеквенца овог права је да има могућност да се изјасни о свим захтевима, те чињеничним и правним наводима противне странке – *audiatur et altera*

⁴ Да су то уставописци хтели, формулација уставне гаранције би гласила да свако има право на одлуку суда о „основаној сумњи која је била разлог за покретање поступка“ а не о „основаности сумње“, како сада гласи.

pars. Европски суд сматра да окривљени у кривичном поступку мора да присуствује суђењу.⁵ Сврха и циљ члана 6, став 1 и члана 6, став 3, тачке од (ц) до (е) Европске конвенције претпостављају присуство окривљеног (Mole, Harby, 2006: 38).

Бројним правилима кривичног процесног законодавства јемчи се право странака да присуствују процесним радњама и да буду саслушане пре доношења судске одлуке. Таква јемства имају правила о достављању судских одлука и других писмена; правила о саслушању окривљеног пре отварања истраге, пре доношења судских одлука о примени појединих мера принуде и о његовом изјашњавању на главном претресу о наводима оптужбе; правила о присуству истражним радњама и обавештавању странака о рочишту за њихово предузимање; правила о позивању странака на главни претрес; правила о контрадикторном извођењу доказа на главном претресу, правила о одговору на жалбу итд.

И поред ових многобројних гаранција, ниједно процесно законодавство у упоредном праву не оставља остваривање назначених права без икаквих ограничења. Напротив, у сваком од њих статуирани су изузеци којим се та права, у већој или мањој мери ограничавају, зарад постизања различитих циљева. Допушта се, пре свега, у интересу обезбеђења доказа, предузимање појединих, тзв. хитних истражних радњи без присуства странака, и то пре отварања истраге, ако постоји опасност од одлагања или је учинилац непознат. Наш законодавац уводи ту могућност и за дела за која је надлежно јавно тужилаштво посебне надлежности у случају кад јавни тужилац процени да присуство осумњиченог и његовог браниоца „може утицати на сведока“ (чл. 300, ст. 2 ЗКП/2011). Одступања се такође прописују и карактеристична су за неке упрошћене форме кривичног поступка, установљене превасходно ради економичности, као што је, на пример, поступак за издавање казненог налога. Право присуства процесним радњама посве је искључено код предузимања радњи или мера којима се ограничава право приватности, јер то изискује њихова природа и сврха. Само по себи је бесмислено питање присуства странака специфичним радњама као што су тајни надзор и снимање осумњиченог, ангажовање прикривеног иследника, контролисана испорука и сл., те о овом праву не може ни бити речи.

Са аспекта права окривљеног да присуствује процесним радњама и да буде саслушан пре доношења одлуке, највеће одступање представља законска могућност суђења у одсуству окривљеног, коју предвиђају нека

5 Случај *Ekbatani v. Sweden*, одлука од 26. маја 1988, став 25; случај *Colozza v. Italy*, одлука од 22. јануара 1985, став 27.

процесна законодавстава, али има и оних која то експлиците забрањују⁶. У земљама које то допуштају, сврха је суђења у одсуству окривљеног да се спречи наступање застарелости кривичног гоњења и изигравање правде од стране учиниоца кривичног дела (Cf. Cassese, 2003: 401).

У вези са правом окривљеног да присуствује сопственом суђењу, може се поставити питање да ли је новоустановљена законска могућност вођења истраге против непознатог учиниоца (чл. 295, ст. 1, тач. 2 ЗКП/2011) у складу са стандардима правичног поступка. Најпре треба рећи да је по самом закону истрага фаза кривичног поступка, па отуда питање може ли се и под којим условима водити кривични поступак а да лице против кога се води то уопште не зна. Разуме се да непознати осумњичени зато што уопште не зна да се против њега води кривични поступак из тог разлога не може користити права која му припадају приликом покретања и у току кривичног поступка, пре свега право на личну одбрану и право на браниоца, али и сва друга права која би му припадала у једном правичном поступку.

Будући да суђење у одсуству није експлиците забрањено Европском конвенцијом, према ставу Европског суда, поступци одржани у одсуству окривљеног у принципу нису инкомпатибилни с Конвенцијом,⁷ те да суђење у одсуству окривљеног може бити допуштено у неким изузетним околностима: ако су судске власти поступале с потребном ревношћу а ипак нису успеле да обавесте лице о самом претресу,⁸ ако је то у интересу правде у неким случајевима болести окривљеног,⁹ ако се странка одрекла да присуствује суђењу под условом да је то одрицање неопозиво и ако „пропраћено минималним јемствима која су примерена његовој важности“.¹⁰

Да ли истрага против непознатог учиниоца може задовољити стандарде правичног суђења, зависи од тога да ли су у време њеног вођења, а нарочито после кад се поступак настави против познатог учиниоца, осигурана јемства да поступак у целини узев буде правичан.

Нова јавнотужилачка истрага је фаза формалног кривичног поступка у којој јавни тужилац предузима доказне радње чији резултати имају

6 Покретање поступка *in absentia* изричито је забрањено у Босни и Херцеговини (види члан 247 ЗКП БиХ, члан 254 ЗКП Републике Српске, члан 262 ЗКП Федерације БиХ, члан 247 ЗКП Брчко дистрикта).

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

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

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

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

доказну снагу као да их је извео суд или као да су странке извеле те доказе на главном претресу пред судом надлежним да пресуди кривичну ствар. Искази сведока и вештака које је испитао јавни тужилац могу се директно користити на главном претресу (чл. 406 ЗКП/2011), па након упознавања суда и окривљеног са тим исказима бити чињенична основа пресуде (довољно је да се испитана лица „не могу пронаћи“ или да вештак или сведок „без законског разлога неће да дâ исказ на главном претресу“). Због такве природе истраге против непознатог учиниоца и процесних последица које у даљем поступку могу настати, бранилац постављен по службеној дужности за посебан случај био би адекватно јемство, аналогно кад се окривљени одрекао свог права да присуствује главном претресу: став је Европског суда да тада окривљени мора имати браниоца.¹¹ Насупрот томе, наш законодавац такву могућност не предвиђа иако предвиђа обавезну стручну одбрану кад се окривљеном суди у одсуству (чл. 74, ст. 1, тач. 4–6 и тач. 9 ЗКП/2011). Недостају јемства и после започете или спроведене истраге против непознатог учиниоца: не постоје гаранције да ће окривљени за кога се касније сазна имати могућност да испита сведоке или вештаке противне странке. Ако се испитана лица у тако спроведеној истрази не могу пронаћи или без законског разлога не желе да дају исказ на главном претресу, такви искази су законити и на њима се може заснивати пресуда, а окривљени нема законску могућност да их одстрани из поступка. Тиме је угрожено право окривљеног на „једнакост оружја“ и право да испита или постигне да се испитају сведоци, као неспорни правни стандарди права на правично суђење. Управо зато што не предвиђе јемства за време истраге против непознатог учиниоца ни у каснијем поступку против окривљеног који буде откривен, и зато што не забрањује да се на доказима из тако спроведене истраге заснива пресуда (за случај да се сведоци и вештаци не могу испитати на главном претресу), законски нису обезбеђене гаранције да кривични поступак у свим случајевима може бити правично спроведен, па је из тог разлога законска регулатива у дисхармонији са Европском конвенцијом и стандардима права на правично суђење које изграђује Европски суд за људска права.

Када домаћи закон дозвољава да се суђење одржи без обзира на одсутност лица “оптуженог за кривично дјело” које је у позицији г. Colozzae, то лице треба, једном кад сазна за поступак, да буде у могућности да добије, од суда који га саслуша, свјежу одлуку о меритуму оптужбе.

11 Случај *Pelladoah v. Netherlands*, одлука од 22. септембра 1994.

5. Изнуђивање доказа одбране и претпоставка невиности

Претпоставка невиности је процесна гаранција која штити окривљеног од предрасуда и предубеђења, у чијој бити је нормативни захтев за легитимним начином утврђивања правно релевантних чињеница у кривичном поступку. Она отклања могућност постојања тзв. дубитативних пресуда, уноси нужан ред у поступак доказивања и кондиционира судију да пре пресуђења не заузима дефинитивне ставове о кривици оптуженог (Крас, 1089: 159).

Претпоставка невиности инволвира три општа правила која детерминишу њено значење и обим важења: (1) поступање без предрасуда и предубеђења о кривици окривљеног, (2) терет доказивања не сме бити на окривљеном и (3) сумња у релевантне чињенице (тзв. ризик недоказаности) мора бити у корист окривљеног. Ове правне стандарде изградио је Европски суд и узима их као одлучујуће приликом оцењивања да ли су повређене одредбе Европске конвенције о претпоставци невиности, оцењујући их самостално или заједно с њима повезаним стандардима који творе нека друга гарантована права или слободе човека. Према мишљењу суда, одредба става 2, члана 6 Европске конвенције о претпоставци невиности захтева, између осталог, да приликом обављања својих дужности судије не смеју полазити од предубеђења да је окривљени учинио дело које му се ставља на терет, да терет доказивања лежи на тужиоцу и да свака сумња [у постојање чињеница] мора ићи у корист окривљеног.¹²

Општим правилом наведеним под (2) решава се питање терета пружања доказа у кривичном поступку. У вези с тим, изграђен је правни стандард да окривљени није дужан да доказује своју невиност, као иманентан елемент конструкције правичног поступка. Кад тога не би било, окривљени никад не би био сигуран кад ће отпасти све сумње у његову кривицу и да ће кривична ствар бити дефинитивно пресуђена по ауторитативним правним стандардима. Гледиште да нико не може бити стављен у положај да доказује своју невиност, Европски суд доследно спроводи, било да оцењује законску регулативу или фактичко поступање према окривљеном¹³, али допушта и извесне изузетке кад терет доказивања преваљује на окривљеног,

12 Случај *Barbera, Masegue and Jabardo v. Espana*, пресуда од 6. децембра 1988, Серија А, бр. 146, став 91.

13 *Европски суд је, на пример, установио да је аустријски првостепени суд повредио претпоставку невиности, предвиђену у члану 6, став 2 Европске конвенције, зато што је на окривљеног, иначе власника и уобичајеног корисника аутомобила, пренео обавезу да идентификује возача у ситуацији кад је сам порицао да је управљао моторним возилом у време кад је саобраћајна незгода проузрокована (Случај *Telfner v. Austria*, пресуда од 20. марта 2001).*

по правилу кад се на окривљеног примењује законска или чињенична претпоставка. Те претпоставке морају бити у разумним границама које узимају у обзир последице које могу наступити за оптуженог и морају чувати права одбране (Lič, 2007: 271).

У погледу терета доказивања може се поставити питање да ли је посредно изнуђивање доказа у корист окривљеног инкопатибилно са овим општим правилом на коме се темељи претпоставка невиности. Наиме, новим процесним кодексом наметнута је обавеза странкама и браниоцу да на припремном рочишту предложи доказе под претњом санкције да се на главном претресу неће извести они докази који без оправданих разлога нису предложени на том рочишту (чл. 350 ЗКП/2011). Очигледно су законописци били мотивисани идејом повећања ефикасности поступка (Види: Бејатовић, 2010: 184–207), која им је замаглила поглед на јемства људских права у кривичном поступку. Из овакве регулативе могао би се извести закључак да ће за одбрану бити изнуђено предлагање доказа на припремном рочишту, уопштено посматрано, а особито у ситуацијама кад окривљени и његов бранилац нису намеравали да износе доказе у корист одбране, па то чине само зато што је законом забрањено да касније предложи и изведу своје доказе. За законом наметнуто изнуђивање доказа не може се ни у ком случају утврдити да је у хармонији са правом окривљеног да не доказује своју невиност, тј. са стандардом да је терет доказивања на тужиоцу. За окривљеног је установљена још једна доказна забрана: на главном претресу се изводе докази само у вези са делом оптужнице који оптужени оспори (чл. 349, ст. 4 ЗКП/2011). Јасно је да се овим доказним забранама ограничава право окривљеног на одбрану и право да изводи доказе у своју корист, као и да та ограничења нису предвиђена Европском конвенцијом нити су установљена у пракси Европског суда. Из ових разлога, питање правичности поступка постаје још израженије у случајевима кад окривљени нема браниоца, а таква ситуација може настати за сва дела са запрећеном казном мањом од осам година затвора, што у пракси представља највећи број кривичних дела о којима судови одлучују. Наиме, питање је да ли се уопште може говорити о правичности поступку кад су оптужени правни лаици, па не знају који део оптужбе и зашто треба оспорити, нити да им је обавеза да на припремном рочишту предложи доказе. Зато, све те доказне забране које се испољавају као ограничење права оптуженог да изводи доказе у своју корист и у одређеним случајевима га доводе у претерано инфериоран положај у односу на тужиоца, треба преиспитати са становишта правних стандарда обухваћених правом на правично суђење.

6. Номинална али не и стварна „једнакост оружја“

Право странке да у поступку предузима све радње које може предузети њезин противник, у теорији се означава као *једнакост оружја*, што у бити значи забрану да се поступак уреди и спроведе помоћу неоправдане дискриминације између странака. Европски суд за људска права тумачи да је појам „једнакости оружја“ инхерентан део ширег појма „правичног поступка“ и да то право, по мишљењу суда, значи да у кривичним стварима оптужба и одбрана морају имати могућност да сазнају за предлоге, захтеве и друге процесне радње својега противника и моћи им супротставити сопствене.¹⁴

Процесној равноправности окривљеног са противном странком доприноси и установљено јемство да он има право „да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају“ предвиђено Европском конвенцијом (чл. 6, ст. 3д ЕК), што је такође и уставно јемство (чл. 33, ст. 5 Устава).

Ови европски стандарди и уставна јемства угрожени су прешироким а непотребним ограничавањем начела непосредности и контрадикторности на главном претресу (чл. 406 ЗКП/2011), путем изједначавања доказа из истраге са доказима које странке изведу пред судом на главном претресу. Без нарочитих законских препрека искази сведока и вештака могу на главном претресу постати доказно средство, па и они које је јавни тужилац прибавио њиховим испитивањем без присуства окривљеног и његовог браниоца (кад је истрага вођена против непознатог учиниоца или применом става 2 члана 300 ЗКП/2011), а одбрана тада нема могућности да унакрсно испита сведоке или вештаке, што је у директној супротности с напред цитираним јемством. Насупрот оваквом законском решењу, Европски суд стоји на становишту да сви докази по правилу морају да буду изнети на јавном главном претресу у присуству оптуженог, контрадикторним аргументовањем супротстављених страна.¹⁵ Коришћење посредних доказа стога може да доведе до повреде члана 6 Европске конвенције, у зависности од целокупне правичности поступка (Lič, 2007: 277). Кад се јави потреба да се употребе искази дати током истраге (нпр. сведок одбија да јавно на претресу понови свој исказ), оптужени мора имати могућност да оспорава такве изјаве, било у време када се оне дају било касније.¹⁶ Ако није

14 Случај *Brandstetter v. Austria*, пресуда од 28. августа 1991, Серија А бр. 211). За „једнакост оружја“ пред судовима правног лека види: случај *Ruiz-Mateos v. Spain*, пресуда од 23. јуна 1993; случај *Werner v. Austria*, пресуда од 24. новембра 1994.

15 Случај *Lüdi v. Switzerland*, пресуда од 15. 6. 1992, А236, став 47.

16 У случају *Craxi v. Italy*, подносилац представке, бивши премијер Италије, био је осуђен искључиво на основу исказа које су у претходном поступку дали саоптужени, а касније су одбили да понове своје изјаве пред судом, као и на основу исказа лица

постојала адекватна могућност и прописна прилика да окривљени испита сведока, његова осуда не може бити искључиво или углавном утемељена на исказу тог сведока.¹⁷ Коришћење исказа које су у претходном поступку дала лица која, у складу с националним законом, одбију да дају исказ пред судом, само по себи је некомпатибилно са Европском конвенцијом, али може довести до осуде само ако постоје докази коју потврђују тај исказ.¹⁸

И факултативна стручна одбрана за велики обим кривичних дела (за која се уистину води сумарни кривични поступак), ставља окривљеног без браниоца у инфериоран положај у односу на јавног тужиоца, јер окривљени не може знати да ли и који део оптужбе треба оспорити, када и које доказе треба предложити, па му због незнања бива касније ускраћено право на извођење доказа у његову корист. Објективним условљавањем окривљеног тиме да мора познавати процесне прописе да би на главном претресу могао остваривати право да изводи доказе, без прописивања обавезне стручне одбране, а приори доводи до анулирања прокламоване „једнакости оружја“. Непознавање права од стране окривљеног који се сам брани, потиरे формалну равноправност процесних странака на главном претресу адверзијално уређеном.

Наведени стандарди изграђени у пракси Европског суда показују се као довољан сигнал да се преиспитају законске одредбе о посредним доказима којима се ограничава право окривљеног на унакрсно испитивање сведока и вештака и одредбе којима се прокламује формална „једнакост оружја“ на главном претресу али не осигурава стварна реализација права на одбрану и процесна равноправност странака. До те евентуалне ревизије, само рестриктивна примена законских ограничења јемстава која чине садржину права на правично суђење, може бити брана да спроведени кривични поступци не буду оцењени као неправични пред нашом уставном и стразбуршком судском инстанцом.

које је касније преминуло. Европски суд је закључио да постоји повреда члана 6 став 3 тачка (д) ЕК, у вези са ставом 1 истог члана, зато што подносилац представке и његов адвокат нису били у могућности да унакрсно испитују те сведоке и оспоре њихове изјаве које су биле правни и чињенични основ осуде. Види случај *Craxi v. Italy*, пресуда од 5. децембра 2002.

17 Случај *Kostovski v Netherlands*, пресуда од 20. 11. 1989, став 44.

18 Случај *Unterpertinger v. Austria*, пресуда од 24. 11. 1986, А110.

Литература

- Бејатовић, С. (2010). *Ефикасност кривичног поступка и међународни правни стандарди*, у: Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније, Златибор
- Бељански, С. (2001). *Међународни правни стандарди у кривичном поступку*, Београд
- Ван Дијк, П. – Ван Хооф, Г.Ј.Х. (2001). *Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима*, Сарајево
- Van Dijk, P. (1995). *Acces to Court the European System for the Protection of Human right*, Dordrecht-Boston-London
- Вукадиновић, Г. Степанов, Р. (2001). *Теорија права I*, Петроварадин
- Димитријевић, В. Пауновић, М. Ђерић, В. (1997). *Људска права*, Београд
- Ђурђевић, З. (2010). Судска контрола државноодвјетничког казненог прогона и истраге: поредбеноправни и уставни аспект, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, вол. 17, број 1
- Ђурђић, В. (2012). Ревизија основних процесних начела на којима је уређен нови кривични поступак Србије, *Правна ријеч*
- Ђурђић, В. (2006). Начело правичног поступка, *Ревизија за криминологију и кривично право*, бр. 3
- Крапац, Д. (1989). Основна права човјека и грађанина и начела кривичног поступка, у *Зборнику „Права човека и савремена кретања у криминалној политици“*, Београд
- Лич, Ф. (2007). *Обраћање Европском суду за људска права, књига 1*
- Митровић, Д. (2010). *Увод у право*
- Mole, N. Harby, K. (2006). *Rigt to a fair trial, A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, 2nd edition
- Перовић, С. (1995). *Природно право и суд*, Београд
- Радуловић, Д. (2010). Кривичнопроцесно законодавство Црне Горе и стандарди Европске уније, у: *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске уније*, Златибор
- Симовић, М. Н. Симовић, М. (2009). *Мјесто и улога Уставног суда БиХ у заштити људских права*, Бања Лука
- Узелац, А. (2010). *Право на правично суђење у грађанским предметима: Нова пракса Еуропског суда за људска права и њен утицај на хрватско право и праксу*, Зборник Правног факултета у Загребу, вол. 60, бр. 1

Vojislav Đurđić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

LEGAL GUARANTEES OF THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE

Summary

The right to a fair trial is an international legal standard which contains complex procedural rules that alleviate the inferior legal position of the accused in comparison to that of the state criminal prosecution authorities. For the purpose of examining the procedural position of the accused and the injured party, the author discusses the European legal standards that constitute the right to a fair trial as well as their implementation in the Serbian criminal procedural legislation. The author first presents the doctrinal understanding of the legal standards in general as well as the European legal standards involved in the right to a fair trial. Subsequently, within the set framework, the author critically analyzes the legal provisions of the Serbian Criminal Procedure Code (2011). The author emphasizes that the abolishment of the subsidiary action in investigation opens the question of access to justice and protection of the rights of the injured party. By being deprived of the right to pursue judicial protection at the moment when the investigation is initiated, the accused is denied the right to an effective legal remedy; it also implies a breach of the constitutional guarantee that the court should decide on the legality of initiating the criminal proceedings. Furthermore, the new regulations pertaining to the right of the accused to participate in the legal proceedings instituted against him is inconsistent with the European standards because the new Criminal Code provides that investigation, which is explicitly defined as the first stage in criminal proceedings in the narrow sense, may be instituted against an unknown person. The author points out that the obligation of the defense to present evidence within a specified time limit, in order to be admissible in trial proceedings, constitutes an extortion of evidence from the accused, which is inconsistent with the presumption of innocence. On the other hand, the inadmissibility of the unannounced evidence in trial constitutes a gross violation of the right to defense. Moreover, given the limitations of the principle of directness and the principle of contradiction, the court decision may be grounded on evidence taken by the public prosecutor or the police in the investigation stage, even without the presence of the accused or his attorney. It is contrary to the "equality of arms" principle, which is a guarantee of justice and a fair trial in criminal proceedings.

Key words: *fair trial, legal standards, access to justice, "equality of arms" principle, presumption of innocence, right to defense.*