

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

НАУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.1(497.11:4-672EU)

Рад примљен: 01.09.2014.

Рад прихваћен: 01.12.2014.

## **НОВИ КРИВИЧНИ ПОСТУПАК СРБИЈЕ – НОВИ РАЗЛОЗИ ЗА УСКЛАЂИВАЊЕ СА ЕВРОПСКИМ ПРАВНИМ СТАНДАРДИМА\*\***

**Апстракт:** Нови кривични поступак установљен 2011. године представља компилацију инквизиционог модела претходног поступка и адверзијалног главног претреса из англоамеричког типа кривичног поступка. Увођење јавнотужилачке истраге изискивало је од законписаца суптилан приступ заштити људских права у кривичном поступку, како би се успоставио еквилибријум између ефикасног и правичног поступка. Уместо очекиваног, погрешна концепција, заснована на идеји да јавнотужилачка истрага буде строго формална као судска, да докази изведени од несудских органа поступка имају исту доказну снагу као судски и да суду нема места приликом спровођења истраге – има за последицу претерано инфериоран положај окривљеног у односу на јавног тужиоца. Осим што таква концепција не може да издржи тест Европског суда за људска права, и конкретна законска решења о истрази отварају питање усаглашености с европским правним стандардима. Одредбама о покретању ове фазе поступка, којима није обезбеђена судска заштита, доведено је у питање право окривљеног на приступ суду и право на делотворно правно средство, а установљеном истрагом против непознатог учиниоца угрожено је право присуства сопственом суђењу. Ни сва процесна правила о главном поступку не афирмишу начело правичног поступка: посредно изнуђивање доказа одбране у дисхармонији је са постулатом да је терет пружања доказа на тужиоцу, као једном од стубова претпоставке невиности; широке могућности да се на главном претресу без нарочитих законских препрека користе несудски докази из истраге, разориле су начело непосредности и начело контрадикторности. Доведена су у питање

\* vojadj@gmail.com

\*\* Рад је реализован у оквиру пројекта бр. 179046, Министарства за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

*и нека минимална права одбране и одговарајуће гаранције личне слободе приликом хапшења и одређивања притвора, што заједно са претходним неусклађеностима наводи на закључак да има више разлога да се са европским правним стандардима хармонизује нови него стари кривични поступак који је с тим циљем реформисан.*

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

## **1. Конститутивни елементи права на правично суђење**

У кривичнопроцесној и уопште у правној литератури мали је број радова о теоријском поимању међународних правних стандарда (Бељански, 2001: 10, Радуловић, 2010: 223–224). 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, 2001: 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 (упореди 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 о начелу правичног поступка види 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 на приступ суду и делотворно правно средство**

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 (Access 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 (Вукадиновић, Степанов, 2001: 338), нпр. право на изузеће судије, право на судску одлуку у разумном року или право жалбе. 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 (Перовић, 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, према 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 (случај *Golder v. United Kingdom*). 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 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 (о праву на приступ суду у уставно-судској пракси види Симовић, 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, 1995: 395, види случај *Lutz v. Germany* и случај *Adolf v. Austria*).

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 (случај *Klass and others v. Germany*). Овом гаранцијом Конвенција непосредно намеће обавезу државама да пруже заштиту људских права превасходно унутар својих правних система (случај *Kudla v. Poland*). 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 (Лич, 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), 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 арбитрерно покренуте истраге и тако осумњиченом (за кривично дело) осигура судску заштиту.

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). 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 права 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 арбитражног 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, 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 био би ефикасан правни метод заштите од незаконитог и арбитражног 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.

### **3. Суђење у одсуству окривљеног и право присуства сопственом суђењу**

Право окривљеног да присуствује сопственом суђењу представља 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 pars*. Европски суд сматра да окривљени у кривичном поступку мора да присуствује суђењу (случај *Ekbatani v. Sweden*, став 25; случај *Colozza v. Italy*, став 27). Сврха и циљ члана 6. став 1. и члана 6. став 3. тачке од (ц) до (е) Европске конвенције претпостављају присуство окривљеног (Mole, Narby, 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 статутирани 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 преваходно 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 присуствују процесним радњама и да буде саслушан пре доношења одлуке, највеће одступање представља законска могућност суђења у одсуству окривљеног, коју предвиђају нека процесна законодавстава, али има и оних која то експлиците забрањују. 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 (Cassese, 2003: 400–401).

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 (случај *Poitrinol v. France*, став 31), па 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 (случај *Colozza v. Italy*), ако је то у интересу правде у неким случајевима болести окривљеног (случај *Ensslin and Others v. the Federal Republic of Germany*), ако се странка одрекла да присуствује суђењу под условом да је то одрицање неопозиво и ако је „пропраћено минималним јемствима која су примерена његовој важности“ (случај *Poitrinol v. France*, 1993: 31).

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 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 да 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 (случај *Pelladoah v. Netherlands*). 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). 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 предвиђа 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.

#### **4. Изнуђивање доказа одбране противречи правним стандардима на којима је изграђена 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 (Крапац, 1989: 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 (случај *Barbera, Masegue and Jabardo v. Espana*, став 91).

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 окривљеном, али допушта и извесне изузетке кад терет доказивања преваљује на окривљеног, 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 (Лич, 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). Очигледно су законописци били мотивисани идејом повећања ефикасности (у вези с тим види Бејатовић, 2010: 184–207) поступка 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). 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 поступка кад су оптужени правни лаици, па не знају који део оптужбе и зашто треба оспорити, нити знају да на припремном рочишту имају обавезу да 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.

## **5. Посредни докази и формално прокламовање „једнакости 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 могућност супротстављања сопствених.

Процесној равноправности окривљеног са противном странком доприноси и установљено јемство да он има право да „да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају“, предвиђено Европском конвенцијом (чл. 6. ст. 3. д 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), 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), 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 (случај *Lüdi v. Switzerland*, став 47). Коришћење посредних доказа стога може да доведе до повреде члана 6. Европске конвенције, у зависности од целокупне правичности поступка (Лич, 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. Ако није постојала адекватна могућност и прописна прилика да окривљени испита сведока, његова осуда не може бити искључиво или углавном утемељена на исказу тог сведока (случај *Kostovski v. Netherlands*, став 44). Коришћење исказа које су у претходном поступку дала лица која, у складу с националним законом, одбију да дају пред судом, само по себи није некомпатибилно са Европском конвенцијом, али може довести до осуде само ако постоје докази коју потврђују тај исказ (случај *Unterpertinger v. Austria*).

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 које 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, априори доводи до анулирања прокламоване „једнакости оружја“. Непознавање права од стране окривљеног који се сам брани потири формалну равноправност процесних странака на главном претресу који је адверзијално уређен.

Наведени стандарди, изграђени у пракси Европског суда, показују се као довољан сигнал да треба преиспитати 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.

### Литература

Бејатовић, С. (2010). Ефикасност кривичног поступка и међународни правни стандарди. У С. Бејатовић (прир.), *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске Уније* (стр. 184–207). Београд–Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Intemex

Бељански, С. (2001). *Међународни правни стандарди у кривичном поступку*. Београд: Београдски центар за људска права

Ван Дијк, П., Ван Хооф, Г. Ј. Х. (2001). *Теорија и пракса Европске конвенције о људским правима*. Сарајево: Müller

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: Футура

Димитријевић, В., Пауновић, М., Ђерић, В. (1997). *Људска права*. Београд: Београдски центар за људска права, Досије

Ђурђевић, З. (2010). Судска контрола државноодвјетничког казненог прогона и истраге: поредбеноправни и уставни аспект. *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*. 17 (1). 7–24

Ђурђић, В. (2006). Начело правичног поступка. *Ревизија за криминологију и кривично право*. 44 (3). 67–94

Ђурђић, В. (2012). Ревизија основних процесних начела на којима је уређен нови кривични поступак Србије. *Правна ријеч*. 33. 447–465

Крапац, Д. (1989). Основна права човјека и грађанина и начела кривичног поступка. У В. Васиљевић (прир.), *Права човека и савремена кретања у криминалној политици* (стр. 142). Будва–Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања

Лич, Ф. (2007). *Обраћање Европском суду за људска права, књига 1*. Београд: Београдски центар за људска права

Митровић, Д. (2010). *Увод у право*. Београд: Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање

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. Council of Europe

Перовић, С. (1995). Природно право и суд. *Правни живот*. 9. 29–127

Радуловић, Д. (2010). Кривичнопроцесно законодавство Црне Горе и стандарди Европске уније. У С. Бејатовић (прир.), *Кривично законодавство Србије и стандарди Европске Уније*. Београд-Златибор: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу и Intemex

Симовић, М. Н., Симовић, М. (2009). *Мјесто и улога Уставног суда БиХ у заштити људских права*. Бања Лука: Графомарк

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*. 60 (1). 101–148



**Vojislav Đurđić, LL.D.**

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

## **New Serbian Criminal Procedure - New Reasons for Harmonization with European Legal Standards**

### Summary

The new criminal procedure, set forth in 2011, represents a compilation of the inquisitive model of preliminary proceedings, on the one hand, and adversarial trial of the Anglo-American type of criminal procedure on the other. Introduction of the public prosecutor's investigation required a subtle legislative approach to the protection of human rights in criminal proceedings, in order to establish equilibrium between efficient and just procedure. Instead of the expected, the erroneous conception based on the ideas that the public prosecutor's investigation should be strictly formal as that of a court, that evidence taken by the non-judicial authorities should have the same bearing as those taken by the courts, and that the court should have no role in conducting investigation, resulted in an overly inferior position of the accused compared to that of the public prosecutor. Beside the fact that such conception can not pass the ECJ test, the specific legal solutions referring the investigation open the question of harmonization with the European legal standards. The provisions on initiation of this phase of the proceedings, not being legally sanctioned, put in question the right of the accused to access justice, as well as his right to an effective legal remedy, and the introduced investigation against the unknown perpetrator, the right to be present at one's own trial is being jeopardized. Neither do all procedural rules pertaining to the trial support the fair procedure principle: the indirect extortion of evidence from the defense is discordant with the rule that the burden of proof lies on the prosecutor, as one of the main pillars of the assumption of innocence; as well as the broad opportunity to use non-judicial evidence at the hearing without any major legal obstacles, have demolished the principles of directness and contradictoriness. Even some of the minimal right of the defense as well as the guarantees of personal freedom in the course of arrest and detention, are threatened, which alongside previous discrepancies, leads to the conclusion that there are numerous reasons for the new criminal procedure should be harmonized with the European standards, rather than the old one, which has been reformed for that reason.

**Key words:** fair trial, access to justice, „equality of arms“, presumption of innocence, right to defense.