

Правни факултет у Нишу

Мастер студије

Предмет:

Правни стандарди заштите људских права
у кривичној области

Начело правичног поступка

Ментор,
Проф. др Војислав Ђурђић

Кандидат,
Миша Вујичић
број индекса М27/2013

Ниш, 2015.год.

Садржај

Увод	4
I Појам начела правичног поступка	6
II. Међународни извори и начело правичног поступка	8
1. Начело правичног поступка на нивоу ОУН	8
2. Европски систем заштите људских права и начело правичног поступка	12
2.1. Европска конвенција и начело правичног поступка	12
2.2. Систем правне заштите на нивоу ЕУ	14
III Устав као извор и гаранција начела правичног поступка	16
IV ЗКП и начело правичног поступка	25
1. Опште напомене	25
2. Садржина начела правичног поступка	28
V Општи елементи начела правичног поступка	29
1. Право странака да присуствују радњама и да буду саслушане	30
2. Право на једнакост оружја	35
3. Право на јавну расправу, образложено и јавно објављену одлуку	43
4. Неприхватљивост незаконитих доказа	46
VI Посебни елементи начела правичног поступка	48
1. Претпоставка невиности	48
2. Право на брзо и разумљиво обавештење о оптужбама	51
3. Одговарајуће време и услови за припрему одбране	53
4. Право на заступање и правну помоћ	55
5. Право на испитивање сведока	58
6. Право на преводиоца и тумача	61
7. Забрана двоструке угрожености (ne bis in idem)	62
8. Право на правни лек у кривичним стварима	64

9. Право на накнаду штете због неосноване осуде	66
VII ЗАКЉУЧАК	69
Литература.....	75

Увод

Начело правичног поступка је универзално и сложено начело које повезује многе правне стандарде и гаранције. Као универзално начело примењује се, како у грађанским, тако и кривичноправним стварима и садржано је у најважнијим међународним правним актима о правима човека. Чини се, ипак, да своју посебну важност и посебан значај добија у кривичноправним стварима као посебно осетљивом терену са становишта заштите и поштовања права човека. Како је реч о сложеном начелу, оно се често у литератури назива и „надначелом“, „стожерним начелом“, „начелом над начелима“ „недерогативним начелом“ „приоритетним начелом над осталим правним стандардима“ и слично. Као такво, сврстано је у групу основних људских права, а њихова заштита је данас централна преокупација, како међународних организација, тако и државних органа, али и других организација као што је, на пример, невладин сектор. Захваљујући делатности и тумачењима Европског суда за људска права (Европски суд), начело правичног поступка се широко тумачи са циљем заштите основних људских права и слобода и „поима се као један од конституитивних чинилаца једног ширег појма - права на правично суђење“¹. Правичност суђења може се остварити само уз постојање основних гаранција доброг правосуђа заснованог на принципима независног и непристрасног судства што је претпоставка за остваривање начела правичног поступка². Како је држава носилац монопола јавног кажњавања и како се казна за кривична дела изриче у законом прописаном кривичном поступку, начело правичног поступка штити појединца од злоупотреба државног апарата.

Законописци су суочени са захтевом да изграде такав кривични поступак који ће странкама у том поступку омогућити једнак утицај на његов исход. Задатак законописца је, држећи се тог „једнаког утицаја“, да пронађе најбоља решења за

¹ Ђурђић, В., *Кривично процесно право*, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2014, стр. 55.

² Кнежевић, Саша., *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2007, стр. 37.

процесне проблеме и да олакша тумачење онима који ће та кривичнопроцесна правила примењивати. Осим што је ово начело темељ на коме законописци граде његову структуру, оно је адресирано и о њему подједнако морају водити рачуна и они који примењују право (закон). Суштина у изградњи кривичног поступка је одувек била како остварити равнотежу између две супротстављене тенденције – између ефикасности кривичног поступка и испуњавања захтева заштите људских права. У зависности од тога колико је тај захтев испуњен, говоримо да ли је један поступак правичан или у којим својим деловима чини изузетке у заштити права човека, као и у којој мери су ти изузеци (не)оправдани.

Европски суд заузео је став да се ово начело има примењивати на цео кривични поступак, а не само на његов централни део и главни стадијум – главни претрес. Назив – *начело правичног поступка* - широко је прихваћен и примењен у стручним круговима и националним законодавствима која доследно поштују међународне изворе у којима је оно садржано.

После Другог светског рата започет је процес стварања минималних стандарда у области заштите људских права и слобода са тежњом да она постану брига међународне заједнице. Циљ тог процеса је да минимални стандарди заштите људских права и слобода буду достигнути у сувереним државама. Систем људских права и слобода изграђен је под окриљем Организације уједињених нација (ОУН), Европске уније (ЕУ), Савета Европе (СЕ) и других међународних организација.

Први документ међународног карактера о људским правима је Универзална декларација о људским правима усвојена на Генералној скупштини ОУН.³ Важан извор донет у тој светској организацији је, такође, Међународни пакт о грађанским и политичким слободама.⁴ Најзначајнији регионални међународни правни извор из области заштите људских права и слобода је Европска конвенција о заштити права

³ Универзална декларација усвојена је 10. децембра 1948. године у форми препоруке, а не као међународни уговор, али упркос томе тај документ је, према општем ставу, постао извор међународног права.

⁴ Међународни пакт о грађанским и политичким слободама донет је 16. децембра 1966. године. То је документ који има снагу међународног уговора и Југославија га је ратификовала 1971. године, а на правну снагу је ступио 1976. године.

човека и основних слобода (Европска конвенција).⁵ Овим документом установљени су органи за заштиту права човека: Европска комисија и Европски суд.⁶ Полазиште наше анализе начела правичног поступка у изградњи структуре кривичног поступка у србијанском правном систему је члан 6 Европске конвенције.

I Појам начела правичног поступка

У називу теме садржана су два појма која захтевају детаљније објашњење и утврђивање њиховог смисла. Та два појма су: *начело* и *правичност*.

Начело је опште правило, руководна идеја у праву преко кога се дефинише смисао, циљ и дух правних правила. Зато, тамо где нема правне норме, начело олакшава решавање правне празнине. До начела као општег правила долази се синтезом процесних правила која потичу из међународног или унутрашњег права. Начела имају широко поље примене. Зато се у стручној литератури једноставно каже да су начела „највише норме правног система“ којим се дефинишу темељне вредности. Зато са правним начелима морају да буду усклађене све остале правне норме. Начело правичног поступка је тековина англосаксонског правног система и има свој историјски контекст, јер је настало као „наталожена правна мудрост кроз векове“⁷. Његови креатори су раније били судови, а у садашњем времену је то Европски суд.

У филозофији права исписане су многе странице о *правди*, *праведности* и *правичности*. Не улазећи у детаљну и свеобухватну анализу ових појмова и не помињући многе ауторе који су о томе писали, већ само оне најзначајније, изложићемо укратко само оно схватање које је неопходно и које сматрамо прихватљивим са становишта објашњења синтагме *правичан поступак*.

⁵ Европска конвенција о заштити права човека и основних слобода усвојена је у Савету Европе 1950. године, а Државна заједница Србије и Црне Горе ратификовала је овај међународни правни извор 2003. године. Протокол 7 који се односи на заштиту права човека донет је 1984. године.

⁶ Протоколом број 11 Савета Европе 1994. године установљен је стални Европски суд за људска права са седиштем у Стразбуру. Раније је жалба упућивана Европској комисији уз чију је сагласност појединац могао да издејствује пресуду Европског суда. Европска комисија укинута је 1998. године када је на снагу ступио Протокол број 11.

⁷ Vuchetich, Laurenz., Праведност и правичност у филозофији права, Свеучилиште Загреб, 2007, www.hrcak.srce.hr., (Van Hoelcke, M., *Law as Communication*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2002, str. 160).

Правда и праведност се у српском језику користе као синоними. Антички филозофи су такође изједначавали правду и праведност што се не може рећи за појмове *праведност* и *правичност*. Платон и Аристотел су праведност сматрали највећом врлином. Аристотел сматра да је праведно оно што је законито, али исто тако наводи да је закон који садржи општу норму, која се односи на неограничени број случајева, непотпун и ограничен и зато као корективни фактор уводи појам правичности. Под појмом праведности подразумевамо опште добро, док се појам правичности односи на конкретан случај. Према Аристотелу, правичност служи у изграђивању праведности и извор је праведности. Немачки правник Густав Радбрух (Gustav Radbruch) ће то једноставно рећи: „правичност је правда појединачног случаја“.⁸ Праведност је збир појединачних правичности. Зато правичност схватамо и говоримо: правична пресуда, правичан судија, правичан поступак. Тумачећи Аристотелово становиште, српски правни теоретичар Радомир Лукић каже да је „правичност неписано право, али такође право, које обухвата оно што је закон пропустио: она је допуна закону“. Општа норма мора се прилагодити конкретном случају јер „правда је вредност, али није апсолутна, често се остварује грубим правним средствима која оштећују човекову слободу...“⁹. Са становишта заштите људских права и слобода, закључујемо, исправније је рећи *правичан поступак*, а не *праведан поступак*.

Начело правичног поступка забрањује дискриминацију између странака у кривичном поступку или забрањује неоправдано умањење њихових права која није последица њиховог различитог процесног положаја. Кривица за учуњено кривично дело мора бити утврђена у складу са правним стандардима, а сам поступак мора бити вођен од стране самосталне и независне судске власти. Законодавац мора прописати такве норме које ће, осим права на одбрану уз откалањање неједнакости између странака, осигурати доношење пресуде која ће бити заснована на правилно утврђеном чињеничном стању.

⁸ Радбрух, Г., *Филозофија права*, Београд 1980, стр 48

⁹ Лукић, Д. Р., *Систем филозофије права*, Београд, 1995, стр. 509

*Начело правичног поступка је такво начело којим се гарантују равноправност и исте правне могућности странака да својим радњама утичу на крајњи исход кривичног поступка.*¹⁰

Следећи међународноправне и уставне гаранције, Законик о кривичном поступку (ЗКП/2011)¹¹ одмах на почетку прокламује начело правичног поступка. *Овај законик утврђује правила чији је циљ да нико невин не буде осуђен, а да се учиниоцу кривичног дела изрекне кривична санкција под условима које прописује кривични закон, на основу законито и правично спроведеног поступка* (чл. 1 ст. 1). Упркос оваквој законској прокламацији и гаранцији, начело правичног поступка се не спроводи доследно, већ су законом предвиђена одступања која су последица тежње законодавца да обезбеди ефикасан кривични поступак. Оваква тежња законописца може се сматрати оправданом под условом да одступања нису противуречна с међународним правом и минималним гаранцијама у погледу заштите људских права и слобода.

II. Међународни извори и начело правичног поступка

Међународна заједница је после Другог светског рата, суочена са драстичним кршењем људских права, настојала да донесе правила о њиховој заштити која ће бити општеприхваћена од свих земаља и народа и која ће бити поштована. Таква правила донета су у ОУН.

1. Начело правичног поступка на нивоу ОУН

Генерална скупштина ОУН прогласила је *Универзалну декларацију о људским правима* (Универзална декларација) у којој се наводи да се сва људска бића рађају слободна и једнака у достојанству и правима (чл.1 ст.1). У овом документу који нема снагу међународног уговора, али се сматра међународним извором,¹² подвлачи се да су сви пред законом једнаки и да имају без икакве разлике право на подједнаку заштиту

¹⁰ Томашевић, Г., *Казнено процесно право*, Правни факултет у Сплиту, електронично издање, 2009. год, стр. 176, (www.pravst.hr, 27.9.2014)

¹¹ Законик о кривичном поступку (*Службени гласник РС* 72/11; 101/2011; 121/2012; 32/2013; 45/2013, 55/2014)

¹² Међународна конференција ОУН о људским правима одржана 1968. године одлучила је да Универзална декларација представља обавезу за све чланице међународне заједнице

закона (чл.7 ст. 1), као и да свако има право на делотворни правни лек пред надлежним националним судовима против дела којим се крше основна права која су му призната уставом или законима (чл. 8 ст. 1). Гаранцију правичног суђења¹³ Универзална декларација садржи у чл.10 који гласи: „Свако има потпуно једнако право на правично јавно суђење пред независним и непристрасним судом који ће одлучити о његовим правима и обавезама, и о основаности сваке кривичне оптужбе против њега“. Универзална декларација прокламује јавно суђење које ће бити спроведено пред судом који је независан и непристрасан.

Претпоставка невиности садржана је у следећем члану: Свако ко је оптужен за кривично дело има право да се сматра невиним док се на основу закона кривица не докаже на јавном претресу на којем су му обезбеђена сва јамства потребна за његову одбрану (чл. 11 ст. 1). Овде су предвиђене и посебне гаранције, да кривица мора бити доказана у складу са законом, да претрес мора бити јаван и да окривљеном морају бити обезбеђена сва јамства потребна за његову одбрану. У истом члану садржана је гаранција да нико не може бити осуђен за дела или пропуштања која нису представљала кривично дело по унутрашњем или међународном праву у време када су извршена, као и да се не могу изрицати теже казне од оних које су предвиђене у време извршења кривичног дела (чл. 11 ст. 2).

Универзална декларација забрањује произвољно хапшење, притварање и протеривање (чл. 9). Универзална декларација није имала снагу уговора, али је била основ за доношење једног обавезујућег међународног акта: *Међународног пакта о грађанским и политичким правима* (Међународни пакт).¹⁴

Међународни пакт има обавезујући карактер за државе потписнице и саджи налог државним властима да га поштују. Међународни пакт, који је конкретизација Универзалне декларације, прате још два важна документа: Факултативни протокол уз

¹³ У међународним документима, па и у Уставу Републике Србије говори се о правичном суђењу уместо о правичном поступку. Fair trial преводи се још као „фер суђење“ или „поштено суђење“. Доследан превод гласио би, што је и у духу српског језика, „правичан поступак“. Синтагма „правичан поступак“ је исправан и са становишта Европског суда и његових схватања појма оптужбе и тумачења Европске конвенције у којој се право на правичан поступак има поштовати од самог почетка кривичног поступка.

¹⁴ *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/1971

Међународни пакт¹⁵ и Други факултативни протокол уз Међународни пакт.¹⁶ У Међународном пакту подвлачи се да су сви пред судовима једнаки и да свако има право да његова ствар буде *правично и јавно саслушана* од стране надлежног, *независног и непристрасног суда* установљеног законом (чл. 14 ст. 1). Међународним пактом гарантује се *јавност суђења*, али се истовремено прописују и *изузеци*. Штампа и јавност могу се искључити током целог или једног дела суђења из следећих разлога: а) у интересу морала; б) јавног поретка или националне безбедности у демократском друштву; в) када интереси приватности страна у спору то захтевају; г) када суд сматра то апсолутно неопходним јер би јавност шкодила интересима правде (чл. 14 ст. 1). Свака *пресуда ће бити јавна*, осим када је реч о пресудама малолетницима (чл. 14 ст.1) или у неким другим поступцима који нису кривични, а тичу се малолетника (деце).

Међународни пакт прокламује *претпоставку невиности* (чл.14 ст. 2) и предвиђа посебне *минималне гаранције за окривљеног* (чл. 14 ст. 3). Минималне гаранције окривљеног предвиђене овим чланом су: а) да буде у најкраћем року, подробно и на језику који разуме, обавештен о природи и разлозима оптужбе против њега; б) да има довољно времена и услова за припрему своје одбране и за општење са браниоцем по свом избору в) да му буде суђено у разумном року; г) да буде присутан на суђењу и да се брани сам или уз помоћ правног заступника по свом избору, а ако нема правног заступника, да буде упознат о свом праву да га има и да му се постави бранилац по службеној дужности, без плаћања трошкова ако је сиромашан; д) да под једнаким условима испитује или постигне да се испитају сведоци оптужбе и сведоке које је сам предложио; е) да добије бесплатну помоћ тумача ако не разуме или не говори језик који се употребљава на суђењу, е) да не буде приморан или наведен на самооптуживање. Међународни пакт предвиђа право да свако ко је оглашен кривим има право да његову кривицу и осуду размотри непосредно виши суд (чл. 14 ст. 5), као и право на обештећење неосновано осуђеног који је издржао казну (чл. 14 ст. 6). Међународни пакт забрањује двоструко кажњавање за исто кривично дело за које је већ осуђен или ослобођен правноснажном пресудом (чл. 14 ст. 7). Овим међународним документом установљено је да нико неће бити крив за дела или пропуштања која нису представљала кривично дело према домаћем или међународном праву у време када су

¹⁵ Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 4/2001

¹⁶ Службени лист СРЈ – Међународни уговори, бр. 4/2001

била почињена (чл. 15 ст. 1). Међународни пакт забрањује да се изрекне тежа казна од оне која је могла бити изречена у време извршења дела. Уколико је после извршења дела законска одредба предвидела лакше казне за учињено дело, преступнику ће бити изречена казна по закону који је повољнији за њега (чл. 15 ст. 1).

Међународним пактом се сваком гарантује право на слободу и личну безбедност и нико не може бити самовољно ухапшен или притворен, нико не може бити лишен слободе осим из законом предвиђених разлога и у складу са поступком који је регулисан законом (чл. 9 ст. 1). Свако ко буде ухапшен, одмах ће бити обавештен о разлозима хапшења и у најкраћем року ће му бити саопштена оптужба „било каква“ против њега (чл. 9 ст. 2). Лица која су ухапшена или против којих је одређен притвор у најкраћем року ће бити изведена пред суд и у разумном року ће им бити суђено или ће бити пуштена на слободу (чл. 9 ст. 3). Стављање у притвор не сме бити опште правило. Међународним пактом предвиђено је јемство којим ће бити осигурано присуство лица у било ком стадијуму поступка или ради извршења пресуде (чл. 9 ст. 3). Свако ко је ухапшен или притворен има право на жалбу којом ће оспоравати законитост лишења слободе и притварања (чл. 9 ст. 4). Међународним пактом предвиђа се накнада штете у случајевима незаконитог хапшења или притварања (чл. 9 ст. 5), као и посебна права током трајања притвора која су у складу са претпоставком невиности (чл. 10 ст. 1. и 2).

Факултативни протокол омогућио је појединцу да покрене поступак надзора (индивидуална жалба) над поштовањем права на која се обавезала држава чланица и потписница Међународног пакта. Писано саопштење подноси се Комитету за људска права¹⁷ уколико су исцрпљена сва правна средства у самој држави из које је жалилац. Оцена Комитета за људска права који је основан Међународним пактом нема карактер пресуде.¹⁸

¹⁷ Под окриљем Организације уједињених нација створени су механизми за заштиту и унапређење људских права који чине тела основана Повељом ОУН, тела основана конвенцијама светске организације, као и друга тела и агенције. Усвојени механизам заштите има ограничени домет.

¹⁸ Конкретизација Универзалне декларације остварена је и преко других међународних докумената као извора заштите људских права. Без претензије да наводимо све те документе, споменућемо два: Конвенција против мучења и других свирепих, нехуманих или понижавајућих казни и поступака и Међународна конвенција о укидању свих облика расне дискриминације.

2. Европски систем заштите људских права и начело правичног поступка

Најпотпунији систем заштите људских права („надржавни ниво“) изграђен је у Европи. Једна од првих идеја европских интеграција, одмах после Другог светског рата, била је заштита људских права. У Европи су изграђена два правна система заштите људских права: један на нивоу *Европске уније* (ЕУ) и други на нивоу *Савета Европе*.

Европски систем је најпотпунији јер је предвидео по први пут поступак по жалби и што је установио по први пут међународни суд чија је исључива надлежност заштита људских права, суд пред којим се тај поступак води и чије су одлуке обавезујуће за државе чланице. Са изграђивањем два правна система у заштити људских права поставило се питање њиховог односа.

2.1. Европска конвенција и начело правичног поступка

Европска конвенција је најважнији међународни документ у заштити људских права којом се гарантује начело правичног суђења.

Свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има *право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се мора изрећи јавно*, али се штампа и јавност могу искључити са целог или са дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, неопходно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде (чл. 6 ст. 1). Овај став односи се на све поступке пред судом, како грађанске, тако и кривичне. Свако ко је оптужен за кривично дело *мора се сматрати невиним* све док се не докаже његова кривица на основу закона (чл. 6 ст 2). Овај став односи се само на кривични поступак што је случај и са следећим којим се прописују *минимална права оптуженог*: а) да без одлагања, подробно и на језику који разуме, буде обавештен о природи и разлозима

оптужбе против њега; б) да има довољно времена и могућности за припремање одбране; ц) да се брани лично или путем браниоца кога сам изабере или, ако нема довољно средстава да плати за правну помоћ, бесплатно добије браниоца по службеној дужности када интереси правде то захтевају; д) да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега; е) да добије бесплатну помоћ преводиоца ако не разуме или не говори језик који се употребљава на суду (чл. 6 ст. 3). Нико се не може сматрати кривим за кривично дело извршено чињењем или нечињењем које, у време када је извршено, није представљало кривично дело по унутрашњем или међународном праву. Исто тако, не може се изрећи строжа казна од оне која се могла изрећи у време када је кривично дело извршено (чл. 7 ст. 1).

Протоколом 7 проширене су гаранције и права окривљеног на право на жалбу у кривичним стварима, у погледу накнаде за погрешну осуду и права да нема суђења или кажњавања два пута за исто кривично дело.

Свако ко је одлуком суда осуђен за кривично дело има право да његову осуду или казну преиспита виши суд. Остваривање овог права, укључујући и основе за његово коришћење, уређује се законом (чл. 2 ст. 1 Протокола 7). Ово право може трпети изузетке када је реч о делима мањег значаја, која су прописана законом, или у случајевима када је лицу у питању у првом степену судио највиши суд или је исто било осуђено након изјављене жалбе против ослобађајуће пресуде (чл. 2 ст. 2 Протокола 7). Ако је неко лице било правноснажном пресудом осуђено због кривичног дела и ако је касније његова пресуда била укинута или је био помилован због тога што нека нова или новооткривена чињеница неоспорно указује да се радило о судској грешци, лице које је претрпело казну као последицу такве осуде добиће накнаду у складу са законом или праксом дотичне државе, осим ако се не докаже да је оно у потпуности или делимично одговорно за то што непозната чињеница није благовремено откривена (чл. 3 ст. 1 Протокола 7). Нико се не сме поново судити нити се може поново казнити у кривичном поступку у надлежности исте државе за дело због кога је већ био правноснажно ослобођен или осуђен у складу са законом и кривичним поступком те државе (чл. 4 ст. 1 Протокола 7). Одредбе претходног става не спречавају поновно отварање поступка у складу са законом и кривичним поступком дате државе, ако постоје докази о новим или новооткривеним чињеницама, или ако је у ранијем

поступку дошло до битне повреде која је могла да утиче на његов исход (чл. 4 ст 2 Протокола 7). У следећем ставу истог члана ова гаранција је апсолутна и не може бити стављена ван снаге због ванредних околности као што је, на пример, ратно стање.

Пракса Европског суда и правна доктрина изградили су четири општа елемента појма правичног поступка. Прва два се односе на права странака у сваком поступку: а) право да буду присутне у поступку и саслушане пре доношења одлуке (*auditur et altera pars*) и б) да у поступку могу предузимати све радње које може предузимати и противник (једнакост оружја). Друга два елемента односе се на судске одлуке: а) судске одлуке не смеју бити засноване на незаконито изведеним доказима и б) судске одлуке морају бити образложене.

Два посебна елемента појма правичног поступка везана су само за кривични поступак, а то су: а) претпоставка невиности оптуженог и б) посебне гаранције за одбрану окривљеног.¹⁹

*Општи и посебни елементи начела правичног поступка важе за цео ток кривичног поступка, па то важи и за све судске одлуке, а не само за пресуду која је крајњи циљ тог поступка. Гаранције члана 6 Европске конвенције не примењују се само на судски поступак, већ и на фазе које му претходе, као и на фазе које му следе. Члан 6 Европске конвенције обухвата и поступак после суђења какав је извршење пресуде.*²⁰

2.2. Систем правне заштите на нивоу ЕУ

Приликом оснивања европских заједница 50-тих година сматрало се да је заштита људских права надлежност држава чланица, па оснивачки уговори нису ни садржали одредбе о заштити тих права. Како су овлашћења европских заједница била све већа, све чешће се постављало питање заштите људских права. Појавила се озбиљна бојазан да би такав опортунитет према овој осетљивој области могао да доведе до нејединства комунитарног правног поретка и до правне несигурности. Иако су та права била

¹⁹ Према неким ауторима начело правичног поступка као сложено начело саджи око 30 различитих права која су подељена према фазама кривичног поступка: на права у преткривичном поступку, права у кривичном поступку и права у посебним случајевима као што је, на пример, поступак који се води против малолетника или поступци пред посебним и војним судовима – Сеизовић, З., „Право на правично суђење“, *Зборник радова*, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву, 2011, стр. 234

²⁰ Европски суд у предметима: *Imbroscia v. Switzerland*, 24. новембар 1993. године; *Hornsby v. Greece*, 19. март 1997.г.

предмет уставних гаранција држава чланица, поставило се питање заштите људских права када се она крше од страна органа ЕУ. Важну улогу у том процесу одиграо је Европски суд правде са седиштем у Луксембургу²¹ заузимајући став да међу општим правним начелима комунитарног права треба сврстати и начело заштите људских права. Уговором из Мاستрихта (1992) уведен је концепт заштите људских права, а Уговором из Лисабона (2007) Повеља ЕУ о основним правима²² добила је уговорну снагу. Уговор из Лисабона²³ отворио је могућност приступања ЕУ Европској конвенцији Савета Европе. Због још увек нерешених односа две јурисдикције до тог приступања није дошло.

Повеља ЕУ о основним правима (Поглавље VI – „Правда“) предвиђа да *свако има право на правично, јавно суђење у разумном временском року пред независним и непристрасним судом, претходно основаним у складу са законом* (чл. 47 ст. 2). Свако има могућност да буде саветован, брањен и заступан. Зајемчено је право на одбрану сваког оптуженог (чл.48 ст.2) и свако, коме су права и слободе зајемчене правом Уније прекршена, има право на делотворни правни лек пред судом (чл. 47 ст.1). Повеља предвиђа бесплатну правну помоћ за сиромашне, ако је таква помоћ потребна за приступ правосуђу (чл. 47 ст. 3). Повељом се прокламује претпоставка невиности оптужених све док се њихова кривица не докаже пред судом у складу са законом (чл. 48 ст. 1). Повеља садржи гаранцију да нико не сме бити осуђен због кривичног дела или пропуштања које у време отпочињења није било кривично дело прописано националним или међународним правом (чл. 49 ст. 1), као и да не сме бити изречена строжа казна од оне која је била примењива у време извршења дела, а ако је после почињања извршења прописана блажа казна примењиваће се та блажа казна (чл. 49 ст. 1). Висина казне не сме бити несразмерна кривичном делу (чл. 49 ст. 3). Повеља

²¹ Европски суд основан је 1952. године, а од 1958. постао је заједнички суд ЕЕЗ и Европске заједнице за атомску енергију. Суд прве инстанце основан је 1988. године и придружен је Европском суду 1989.године.

²² Повеља ЕУ о основним правима усвијена је на самиту у Ници 7. децембра 2000. године

²³ Уговором из Лисабона предвиђено је да Повеља ЕУ о основним правима „има исту правну вредност као и Уговори“, али „не проширује ни на који начин надлежност Уније дефинисане Уговрима“. Права из Повеље биће интерпретирана у складу са Европском конвенцијом уколико им кореспондирају и уколико су део уставне традиције држава чланица (чл. 51 и 52 Повеље).

садржи и одредбу о забрани двоструког кажњавања због истог кривичног дела (чл. 50 ст. 1).²⁴

Појављивање појединца пред Европским судом је ограничено. Појединци су тзв. непривилеговани тужиоци, док су привилеговани тужиоци државе чланице и органи ЕУ. Појединац стално мора да доказује да поседује *locus standi* или да је индивидуално и директно погођен мером ЕУ што је препрека коју је тешко превазићи.

Европском конвенцијом уведен је најпотпунији систем заштите људских права. Прво, омогућено је да се појединац директно жали суду када искористи сва правна средства у сопственој држави, друго, пресуда Европског суда из Стразбура је обавезујућа за странке у поступку и има карактер извршне исправе, треће, одредбе Европске конвенције су од стране чланица Савета Европе уграђене у националне правне системе.

Европска конвенција је добила привилеговану позицију у европском правном систему заштите људских права и представља темељ заштите људских права на Старом континенту.

III Устав као извор и гаранција начела правичног поступка

Устав Републике Србије²⁵ (Устав) преузео је гаранције из Европске конвенције које се односе на начело правичног поступка, преузимајући код једних формулације дословно, док је код неких других дошло до одступања што је довело до другачијих значења, њиховог сужавања или изостављања појединих допуштених ограничења у том регионалном међународном документу. Уставна гаранција „права на правично суђење“ као сложено начело обухвата неколико посебних уставних права чија је суштина заштита индивидуалних слобода и обезбеђивање фер поступка пред домаћим судовима.

Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и

²⁴ Република Србија није пуноправни члан ЕУ, али јесте земља кандидат која ради на усклађивању свог правног система са правним системом ЕУ.

²⁵ *Службени гласник* Републике Србије бр 98/2006.год.

обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега (чл. 32 ст. 1). У овом ставу уочавају се следеће гаранције: право на суђење пред непристрасним и независним судом који је већ установљен законом; право на јавност судског поступка и право на суђење у разумном року. *Право на непристрасан и независан суд установљен законом* добија своју разраду у уставним нормама о статусу судова, статусу судија и одредбама о судским одлукама које не могу бити предмет вансудске контроле. Судови су самостални и независни у свом раду и суде на основу Устава, закона и других општих аката, када је то предвиђено законом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђених међународних уговора (чл. 142 ст. 2). Устав повезује начело самосталности и независности са уставним начелима ограничене власти и владавине права и везаности суда за Устав, закон, општеприхваћена међународна правила и потврђене међународне уговоре чиме не нарушава самосталност и независност судова већ њихов положај одређује кумулативно.²⁶ Судија је у вршењу судијске функције независан и потчињен само Уставу и закону. Сваки утицај на судију у вршењу судијске функције је забрањен (чл. 149). Анализом одредбе о независности суда и независности судије уочавамо да је у одредби која дефинише „да је судија потчињен Уставу и закону“ изостављена потчењеност судије „општим актима када је то предвиђено законом, општеприхваћеним међународним правилима и потврђеним међународним уговорима“ што можемо сматрати недоследношћу уставописца. Устав прописује сталност судијске функције (чл.146), регулише начин избора судија (чл. 147), престанак судијске функције (чл. 148), питања непреместивости судија (чл. 150), имунитета (чл. 151), а у одредби о неспојивости судијске функције са другим функцијама изричито забрањује политичко деловање судије (чл. 152 ст. 1) прецизирајући још да се судијама изричито забрањује чланство у политичким странкама (чл. 55 ст. 5) чиме се штити самосталност и независност суда. Оснивање, организација, надлежност, уређење и састав судова ближе се одређује законом (чл. 143 ст. 2). Устав забрањује оснивање привремених, преких или ванредних судова (чл. 143 ст. 3). ЗКП посебно регулише питање изузећа судије из поступка (чл. 37-42).

²⁶ Пајванчић, М., *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација Конрад Аденауер, Београд, 2009, стр. 183 (Пајванчић, Коментар)

Право на јавност судског поступка садржано је у неколико правила у којима, међутим, *нема норме о обавезном јавном саопштавању пресуде* осим ако она није садржана у појму „одлучивање“.²⁷ Начело јавности подлеже ограничењима. Јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, *само* ради заштитет интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и заштите интереса малолетника или приватности учесника у поступку у складу са законом (чл. 32 ст. 3). Устав прописује на другом месту да је расправљање пред судом јавно и може се ограничити „само у складу са Уставом“ (чл. 142 ст. 3). Устав је лимитирао на овај начин разлоге за искључивање јавности из поступка у целини или у једном његовом делу и није допустио да се јавност може искључити и из других разлога који би били предвиђени законом.²⁸ Европска конвенција допушта да се јавност може искључити и у случајевима у којима, према оцени суда, јавност може нашкодити интересима правде. Тај разлог није садржан у Уставу, а не би могао бити прописан ни законом. Из овога јасно следи да је одредба у ЗКП/2011 да јавност може бити искључена и из „других оправданих интереса у демократском друштву“ (чл.363 ст 1 тач. 5) сувишна и без икаквог значења.

Право на суђење у разумном року треба да обезбеди ефикасност судске заштите. Осим начелне норме Устав особама у кривичном поступку гарантује суђење без одуговлачења (чл. 33 ст. 6). Критеријуми и стандарди начела суђења у разумном року захтевају даљу законску разраду²⁹ и прецизирање у складу са Европском конвенцијом и праксом Европског суда.

Устав сваком јемчи *право на бесплатног преводиоца*, ако не говори или не разуме језик који је у службеној употреби у суду и *право на бесплатног тумача*, ако је слеп, глув или нем (чл. 32 ст. 2). Нејасно је зашто се уставописац определио да овакво право гарантује „свима у поступку“ и у сваком судском поступку упркос томе да је Европска конвенција ову гаранцију сврстала у минимална правила која се односе само на окривљеног и на кривични поступак. Како права из члана 32 спадају у апсолутна права

²⁷ *ibid.*, стр. 44

²⁸ Ђурђић, В., „Међународноправни стандарди и заштита људских права у кривичном поступку“, *Центар за публикације Правног факултета*, Ниш, 2008, стр. 196, 197

²⁹ У Србији је у току јавна расправа о Нацрту закона о заштити права на суђење у разумном року.

(чл. 202 ст. 4) која не подлежу одступањима у време рата или ванредног стања, поставља се питање којим се разлозима уставописац руководио установљавајући ово право тако широко. Право на преводиоца и тумача је увек бесплатно без обзира на имовно стање окривљеног, у овом случају то би се односило и на све и у свим судским поступцима. Уставописац је прописао више *посебних права* која није уврстио у апсолутно заштићена, па према томе, од којих је могуће одступити у време ратног или ванредног стања (чл. 202 ст. 4 Устава) што није у складу са Европском конвенцијом у којој су она дефинисана као елементарна права и гаранције начела правичног и фер поступка.

Свако ко је окривљен за кривично дело има право да у најкраћем року, у складу са законом, подробно и на језику који разуме, буде обавештен *о природи и разлозима дела* за које се терети, као *и о доказима прикупљеним против њега* (чл. 33 став 1). Устав наглашава *да окривљени буде обавештен у кратком року* о делу за које се терети и доказима против њега, али не прецизира у ком року. Наглашава се да обавештење мора бити подробно и на језику који разуме, а из одредбе је изостављено право на преводиоца или тумача. Одредба Европске конвенције (чл. 6 ст. 3е), која важи и за тренутак саопштавања сумње у кривицу, прецизнија је и предвиђа право на преводиоца или тумача ако окривљени не говори или не разуме језик који је у употреби у суду.

Недоследност у погледу одредаба Европске конвенције најизразитија је у формулацији да ће окривљени бити обавештен о „разлозима дела“, а не о „разлозима оптужбе“. Доследно тумачење формулације „о разлозима дела“ доводи нас до закључка да окривљени треба да буде обавештен о мотиву или о разлозима зашто је починио противправно дело, а он најбоље зна зашто је то учинио. Очито, ради се о непрецизној формулацији.³⁰ Зато, окривљени може бити обавештен у најкраћем року *о природи и разлозима оптужбе* као што је садржано и у чл. 68 ст. 1 тач. 1 ЗКП/2011.

Свако ко је окривљен за кривично дело има право на одбрану и право да узме браниоца по свом избору, да с њим несметано општи и да добије примерено време и одговарајуће услове за припрему одбране (чл. 33 ст. 2). Овом одредбом дате су гаранције окривљеном у погледу његове одбране: *право да се брани сам, да слободно*

³⁰Ђурђић, В., „Међународноправни стандарди и заштита људских права у кривичном поступку“, *op.cit.*, стр. 195

изабере браниоца; да не сметано комуницира са својим браниоцем; да му се обезбеди довољно времена и да му се обезбеде одговарајући услови за припрему његове одбране. Законом се предвиђају случајеви обавезне одбране, када се окривљеном, који нема браниоца, поставља бранилац по служебеној дужности. Окривљени који не може да сноси трошкове одбране, има *право на бесплатног браниоца*, ако то захтева интерес правичности, у складу са законом (чл. 33 ст. 3 Устава). Јасно је да право на бесплатну правну помоћ има окривљени који не располаже средствима да плати адвоката, а одредба „када то захтева интерес правичности“ заслужује додатно појашњење. Под интерсом правичности могу се подвести они случајеви у којим је реч о тешким кривичним делима и сложеним предметима или предметима у којима се може изрећи тежа казна. Законом су предвиђени и остали случајеви у којима окривљени мора имати браниоца. Свако ко је окривљен за кривично дело, а доступан је суду, има право *да му се суди у његовом присуству* и не може бити кажњен, ако му није омогућено да буде саслушан и да се брани (чл. 33 ст. 4). Устав забрањује да се неко казни коме није омогућено да буде саслушан и да се брани. Свако коме се суди за кривично дело има право да сам или преко браниоца износи доказе у своју корист, *испитује сведоке оптужбе* и да захтева да се, под истим условима као сведоци оптужбе и у његовом присуству, *испитују и сведоци одбране* (чл. 33 ст. 5). Ова уставна гаранција произилази из начела „једнакости оружја“ или једнакости странака у поступку. Устав уводи „сведоке оптужбе“ и „сведоке одбране“. Окривљеном се признаје право да испитује и сведоке оптужбе „чиме је унакрсно испитивање подигнуто на ранг уставног права окривљеног“. Одредба права на испитивање сведока није доследно пренета из Европске конвенције.

Уставним одредбама преузети су само адверзијални елементи на којима је изграђен акузаторски модел кривичног поступка карактеристичан за англоамерички правни систем.³¹ Европска конвенција је уважила како англоамерички модел, тако и континентални правни систем признајући право окривљеног „да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају“ (чл. 6 ст. 3д). Европска конвенција допушта да окривљени сам или преко свог браниоца испитује сведоке (англоамерички правни систем) , али допушта да сведоке саслуша и суд (континентални правни

³¹ Ђурђић, В., „Међународноправни стандарди и заштита људских права у кривичном поступку“, *op.cit.* стр. 197 и 198

систем). Како су вештаци у англоамеричком праву стручни сведоци, ова одредба се односи и на њих.³² Унакрсно испитивање је новина у односу на раније регулисање кривичног поступка.

Свако коме се суди за кривично дело има право *да му се суди без одуговлачења* (чл. 33 ст. 6). Начело суђења у разумном року већ је садржано у чл. 32 став 1 Устава и као такво је сврстано у апсолутно заштићено право окривљеног. Право да се окривљеном суди без одуговлачења је даља разрада овог начела. Устав посебно потенцира право окривљеног коме се суди за кривично дело, али несумњиво, ово право припада свим странама у судском поступку које треба да их заштити од неоправданог одуговлачења тог поступка. Противуречне су одредбе права на разумни рок из чл. 32 ст. 1 и права из чл. 33 ст. 6. Прво право је апсолутно, друго није и подлеже ограничењу у време стања рата или ванредних прилика. Како се захтев за остваривање права на суђење у разумном року не може остварити ако се поступак неоправдано одуговлачи, јасно је да би гаранција из чл. 33 ст. 6 морала да буде примењена без изузетака.

Лице које је окривљено или коме се суди за кривично дело *није дужно да даје исказе против себе* или против лица блиских себи, нити да призна кривицу (чл. 33 ст. 7). Устав прокламује да окривљени нема обавезу самооптуживања. Није дужан да призна кривично дело за које се терети. Осим тога, окривљени није у обавези да даје исказе против лица која су му блиска. Право окривљеног да не инкриминише самог себе је елемент правичне расправе према паркси Европског суда. Окривљени има право на одбрану ћутањем и право да не доприноси оптужби против њега. Устав проширује ова права из чл. 33 на сва физичка лица и све случајеве вођења поступка за неко друго кажњиво дело (чл. 33 ст. 8).

Устав прокламује више правних начела чији је циљ да обезбеде правну сигурност у кривичном поступку (чл. 34).

Устав дефинише начело легалитета дела и санкције преузимајући такве гаранције из Европске конвенције. Нико се не може огласити кривим за дело које, пре него што је учињено, законом или другим прописом заснованим на закону није било предвиђено као кажњиво, нити му се може изрећи казна која за то дело није била предвиђена (чл.

³² *ibid.*, стр. 198

34 ст. 1). Устав изричито прописује да се кривична дела и кривичне санкције могу прописати само законом, а не и подзаконским прописима (чл. 34 ст. 2). Устав гарантује да ће се казна одредити према пропису који је важио у време када је дело учињено, изузев када је каснији пропис повољнији за учиниоца (чл. 34 ст. 2). Устав забрањује ретроактивну примену закона у кривичној области, али истовремено предвиђа изузетак. Окривљеном ће се изрећи казна према закону који је донет касније уколико је он повољнији по њега.

Претпоставка окривљеникове невиности гарантована је формулацијом да ће се свако сматрати невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правноснажном одлуком суда (чл. 34 ст. 3). Терет доказивања кривице оптуженог је на тужиоцу. Претпоставком окривљеникове невиности нису везани само учесници у кривичном поступку, већ и општа јавност, поштујући такву гаранцију окривљеног и начело независности судске власти.

Начело двоструке угрожености забрањује „поновно суђење истом окривљеном против кога је за исто кривично дело већ правноснажно окончан кривични поступак и забрањује да се против једног лица истовремено воде два поступка за исто кривично дело“ (*ne bis in idem*)³³. Уставна одредба разликује се од дефинисања овог начела у Европској конвенцији. Уставна гаранција гласи: *нико не може бити гођен ни кажњен за кривично дело за које је правноснажном пресудом ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или поступак правноснажно обустављен, нити судска одлука може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку* (чл. 34 ст. 4). Забрана се односи на случајеве: када је кривични поступак правноснажно обустављен; ако је оптужба правноснажно одбијена; када је лице правноснажном пресудом осуђено или ослобођено. Устав важење принципа *ne bis in idem* проширује на правноснажне процесне одлуке којим се окончава судски поступак, а не само на мериторне што је у складу са европским правним стандардима установљених само за осуђујуће или ослобађајуће одлуке.³⁴

³³ *ibid.*, стр. 199

³⁴ Ђурђић, В., Европски правни стандарди о праву на правни лек у кривичном поступку, *Зборник радова*, (урс) Стојановић, Н., Голубовић, С., Ценар за публикације Правног факултета, Ниш, 2009, стр. 521-550

Амнестија, помиловање или застарелост су основ за гашење кривичне санкције и самим њиховим постојањем спречава се гођење. Сувишна је правносанжна судска одлука о обустави поступка или одбијању оптужбе која ће бити донета због неотклоњивих сметњи да би се спречио нови поступак у истој кривичној ствари позивањем на забрану двоструке угрожености.³⁵ Још апсурдније је доносити пресуду којом се оптужба одбија зато што је оптужени већ осуђен или ослобођен за исто дело. Не спречава нови поступак новодонета пресуда, већ раније донета правноснажна одлука суда.³⁶ Европска конвенција не забрањује поновно гођење. Устав говори само о забрани гођења и кажњавања, док Европска конвенција експлицитно садржи одредбу забране поновног суђења.

Устав установљава принцип да се по ванредним правним лековима не може изменити одлука на штету окривљеног. На основу тумачења уставне норме произилази да је ванредни правни лек допуштен и на штету и у корист окривљеног, али да судска одлука не може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку. Судска одлука не може бити измењена чак и у случају када је ванредни правни лек изјављен на штету окривљеног.

Устав допушта изузетно понављање поступка: у складу са казним прописима, ако се открију докази о новим чињеницама које су, да су биле познате у време суђења, могле бити да утичу на његов исход или ако је у ранијем поступку дошло до битне повреде која је могла утицати на његов исход (чл. 34. ст. 5). Овај став захтева прецизнију формулацију у смислу да ли је понављање изузетно допуштено у корист окривљеног или да је изузетно допуштено и на штету окривљеног. Европска конвенција не забрањује понављање поступка на штету окривљеног. Непрецизна уставна одредба и изнета дилема разрешена је ЗКП/2011 који децидирано наводи: кривични поступак завршен правноснажном пресудом може се поновити само у корист окривљеног (чл. 473 ст. 1). Европска конвенција установљава минимална права, а не забрањује да она буду проширена у националном законодавству. Овде се поставља дилема да ли је овакво проширење оправдано. Уколико би било усвојено становиште да је допуштено понављање поступка на штету окривљеног, онда би оно морало да

³⁵ *ibid*

³⁶ *ibid*

буде рестриктивно, са тачно наведеним разлозима. Уставописац не прецизира на шта се односи повреда која је могла да утиче на крајњи исход поступка у одредби у којој се као разлог наводе „нове чињенице“, а не и новооткривене. Да ли се „битне повреде“ односе на повреду материјалног или процесног права и каква се повреда има у виду, повреда закона или повреда неког другог прописа.³⁷ Устав признаје *право на рехабилитацију и наканду штете* због незаконитих одлука у случајевима лишења слободе, притварања и осуде за кажњиво дело. Ко је без основа или незаконито лишен слободе, притворен или осуђен за кажњиво дело има право на рехабилитацију, наканду штете од Републике Србије и друга права утврђена законом (чл. 35 ст. 1 Устава). Наканду штете сноси држава, а основ за коришћење овог права на наканду штете је незаконит и неправилан рад државних органа, носилаца јавних овлашћења, органа аутономне покрајине, органа општина и градова. Право на наканду штете подразумева наканду материјалне и нематеријалне штете. (чл. 35 ст 2). Свако коме је право повређено може да затражи отклањање последице које су на тај начин настале (чл. 22 ст.1), а грађани имају право да се обрате међународним институцијама ради заштите својих слобода и права која су гарантована Уставом (чл. 22 ст. 2).

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). Окривљени има право приступа суду и у поступку по жалби. Устав предвиђа уставну жалбу као посебно правно средство у заштити људских права (чл. 170). Истим чланом су прописани услови коришћења уставне жалбе као суспсидијарног средства када су исцрпљена друга средства за заштиту људских права или када друга средства не постоје. Право на жалбу има и лице које је лишено слободе (чл. 27 ст. 3). Устав утврђује посебне гаранције у погледу поступања с лицем лишеним слободе, допунска права у случају лишења слободе без одлуке суда, права у поступку одлучивања о притвору и трајању притвора. Гаранције Европске конвенције, као што је већ речено, односе се на цео ток кривичног поступка, на његов претходни стадијум, главни стадијум и стадијум по правним лековима.

³⁷ Пајванчић, Коментар, стр. 49

IV ЗКП и начело правичног поступка

1. Опште напомене

Усвајањем ЗКП 2011. године са изменама и допунама, који је у примени од 1. октобра 2013. године, Србија је напустила ранију континентално-европску правну традицију и приклонила се уређењу кривичног поступка на основама англосаксонске правне традиције или адверзијалног (страначког) уређења тог поступка. За адверзијални кривични поступак карактеристично је да је суд у доказном смислу веома пасиван, а извођење доказа је препуштено странкама. Суд је неутралан у поступку и на главном претресу његова пажња усмерена је на праћење доказног и страначког двобоја. Главни претрес је, такође, сведен на парницу.³⁸ На тај начин је девалвирано начело утврђивања материјалне истине као једно од најважнијих у кривичном поступку, а до изражаја долази начело диспозитивности које је карактеристично за парнични поступак. Адверзијални поступак у презентовању доказа ослања се на одговорности странака у кривичном поступку. Странке износе своје доказе пред судијом или судијом и поротницима који утврђују истину на основу неутралне процене изнетих доказа (аргумената). Новом ЗКП/2011 и нормативним решењима која доноси замера се: прво, што истрага нема у потпуности адверзијални (страначки карактер), друго, што је елиминисана разлика између кривичног и парничног поступка на главном претресу, треће, што је девалвирано начело утврђивања материјалне истине изарзитом пасивношћу суда, четврто, што не постоји „једнакост оружја“ у страначком надметању, пето, недоследност у погледу унакрсног испитивања сведока, шесто, недоследности и грешке у систему правних лекова, седмо, правнотехничке омашке и слично. Циљ законодавца (ЗКП/2011) био је изградња савременог и надасве ефикасног кривичног поступка³⁹. Законописац је у трагању за кривичнопроцесним решењима често знао да

³⁸ Шкулић, М., „Противуоставни карактер новог Законика о кривичном поступку“, *Правни живот*, Београд, бр. 9/2012, стр. 772

³⁹ Синђелић, Ж., *Ниви ЗКП – Адверзијални кривични поступак*, стр. 898

наруши равнотежу између захтева ефикасности кривичног поступка и заштите права човека дајући предност захтеву ефикасности.⁴⁰

Независна и непристрасан суд основан законом, као и захтев да поступак буде окончан без одуговлачења су опште претпоставке за правичност једног поступка, а окривљеном припадају и посебне гаранције у циљу равноправности странака у кривичном поступку.

Правичан поступак се може одвијати само пред судом који је независан и основан законом. Право да суд буде *основан на основу закона* који доноси парламент има за циљ да судску власт и судску организацију заштити од самовоље извршне власти. Судска власт у Србији устројена је Законом о уређењу судова.⁴¹ Осим оснивања суда законом, истим актом треба да буде регулисана и његова надлежност – месна, стварна и функционална. Законом се регулише унутрашња организација судства и средстава за рад судова.

У судској пракси појавило се, на пример, питање спровођења судских одлука непризнате Републике Српске Крајине. Према одлукама тих судова, осуђена лица издржавала су казну затвора у Србији што је био разлог за изјављивање уставне жалбе и подношења тужбе Европском суду у Стразбуру.⁴²

⁴⁰ Упркос овако постављеном циљу, после годину дана примене ЗКП стручна јавност сматра да смо добили спорији и скупљи кривични поступак. Овакав став прихвата и Комисија Министарства правде за праћење примене и спровођење ЗКП. Комисија је у свом извештају још почетком 2014. године, после неколико месеци примене, заузела став да ЗКП мора да претрпи измене.

⁴¹ „Сл.гласник РС“бр.116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011-др.закон, 78/2011-др.закон, 101/2011 и 101/2013)

⁴² Видети лист „ Данас“ од 27.1.2013.г - Кљаић Ђуро је осуђен пресудом Окружног суда у Белом Манастиру (Република Српска Крајина) 1996.године на казну затвора у трајању од десет година и прабачен је у Р. Србију, КПЗ Сремска Митровица, из разлога јер је у Источној Славонији, Барањи и Западном Срему под управом Уједињених нација извршена мирна реинтеграција у правни поредак Републике Хрватске. Осуђени се није вратио у КПЗ са одсуства које је користио током 2000. године, а потом је по потерници која је издата 2000. године, лишен слободе после више од 10 година у Бачкој Паланци 2011. године. Пресуда није потврђена од стране суда у Србији нити је пресуда призната у Републици Хрватској. Европски суд за људска права у Стразбуру разматрао је сличне представке које су се односиле на регионе који нису били међународно признати ((*Ивантоц и други против Молдавије и Русије (23687/05)*), *Иласку и други против Молдавије и Русије ((48787/99)*). Суд је заузео став да је: „Лишавање слободе на основу осуђујуће одлуке суда режима који није признат по међународном праву - повреда права“.

Критеријуми према којима се оцењује *независност суда* су: начин постављања судија, трајање њиховог мандата, непреместивост судија, гаранције које штите судије од спољних утицаја и притисака, као и да ли састав претресног већа оставља утисак независности како у односу на власт тако и у односу на странке. Начин постављања судија у састав судског већа такође може изазвати сумњу независног посматрача у независност суда у једном конкретном случају. Сумњу у независност и непристрасност могла би изазвати чињеница да је састав судског већа мењан више пута од стране председника суда без образложења.

За разлику од независности судства поводом кога се анализирају уставне и законске гаранције, *непристрасност* се анализира са становишта односа суда и судија према странкама поводом конкретног предмета.⁴³ Одредбе које регулишу питања која се тичу независности и непристрасности садржане су у Закону о судијама⁴⁴, Закону о Високом савету судства (ВСС)⁴⁵, Закона о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштва⁴⁶ и ЗКП/2011.

Законска јемства су независност и непристрасност, сталност и непреместивост, стално одржавање поверења у независност и непристрасност, имунитет судија у вези са обављањем судијске функције, материјална независност⁴⁷. Законом о судијама су регулисана питања избора судија и престанак судијске функције, права и дужности председника суда, дисциплинска одговорност судија и питања везана за судије поротнике. У ЗКП/2011 нормирана су питања судске надлежности и разлози за изузеће судија и судија поротника.

Поступак треба да буде окончан у разумном року. Пракса Европског суда је строга када је реч о остваривању *права на суђење у разумном року* и полази од става да државе имају обавезу да реше системске проблеме који су узроци кршења разумног рока. Са

⁴³ Нула М., Катарина Х., Водич, Pirsack v. Belgium, 1.10.1982.год.

⁴⁴ „Службени гласник РС“ бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС и 101/2013)

⁴⁵ „Службени гласник РС“ бр. 116/2008, 101/2010 и 88/2011

⁴⁶ „Службени гласник РС“ бр. 101/2013

⁴⁷ Европски суд заузео је став да драстично смањење буџета за правосуђе представља повреду права грађана на судску заштиту, а да је смањење плата судијама противно начелу независности судства (Salov v. Ukraine, 6. септембар 2005.)

оваквим захтевом суочена је и Србија. Право на суђење у разумном року установљено је у циљу обезбеђења правне сигурности и окончања једне неизвесне ситуације у којој се налази особа због кривичне оптужбе. Према пракси Европског суда рок почиње да тече од обавештавања лица да је осумњичено, а завршава се у тренутку када је поступак окончан на највишој судској инстанци.

Законодавац прописује да је суд дужан да кривични поступак спроведе без одуговлачења и да онемогући сваку злоупотребу права усмерену на одуговлачење поступка (чл. 14 ЗКП) како би се убрзао кривични поступак и избегла злоупотреба процесних овлашћења. Предлаже се обједињавање рочишта за испитивање оптужнице и припремног рочишта у једно „прелиминарно рочиште“.⁴⁸ Кривични поступак против окривљеног који је у притвору је хитан. Изменама и допунама Закона о уређењу судова⁴⁹ предвиђено је да странка која сматра да јој је повређено право на суђење у разумном року, може непосредно вишем суду поднети захтев за заштиту права на суђење у разумном року и тражити и накнаду за повреду тог права.

Посебне погодности законодавац признаје окривљеном (*favor defensionis*) у циљу равноправности странака у кривичном поступку које доприносе остваривању начела правичног поступка. Те посебне погодности које прокламује и ЗКП/2011 су: а) забрана *reformatio in reus* (забрана преиначења на штету окривљеног); б) правило *in dubio pro reo* (све што је сумњиво иде у корист окривљеног); в) принцип *beneficium coesionis* (повластица повезаности) и г) правило о идентитету (истоветности) пресуде и оптужбе као последице начела акузаторности.

2. Садржина начела правичног поступка

У кривичном поступку окривљеном, као странци која је супротстављена јавном тужиоцу као носиоцу оптужбе а самим тим и државном репресивном апарату, треба процесним правилима обезбедити правичан поступак и фер суђење. Критеријуми према којима се оцењује да ли један поступак задовољава начело правичности могу бити:

⁴⁸ Видети извештај Комисије Министарства правде за праћење примене и спровођење ЗКП, www.mpravde.gov.rs

⁴⁹ Закон о изменама и допунама Закона о уређењу судова („Сл. гласник Републике Србије бр.101/2013

*општи и посебни.*⁵⁰ Општи критеријуми важе за сваки судски поступак, а посебни се односе само на кривични поступак.

Општи критеријуми или елементи су: а) право странака да присуствују радњама у поступку и да буду саслушане пре доношења пресуде; б) право странке да у поступку може предузимати све радње које може предузимати и њен противник (једнакост оружја); в) судске одлуке се не смеју темељити на незаконитим доказима; г) судске одлуке морају бити образложене. *Посебни критеријуми или елементи су:* а) претпоставка невиности; б) посебне гаранције (јемства) одбране окривљеног.⁵¹

Европском конвенцијом (чл. 6) и Протоколом 7 предвиђене су *посебне гаранције* које се односе на кривични поступак и положај окривљеног које преузима и унутрашње право. То су: а) брзо и разумљиво обавештење окривљеног о оптужбама; б) право окривљеног да му се обезбеди довољно времена и створе неопходни услови за припрему одбране; в) право на правну помоћ; г) право на испитивање сведока; д) право на преводиоца или тумача током поступка; њ) право да не буде суђен и кажњен два пута у истој ствари - *ne bis in idem*; е) право на правни лек у кривичним стварима и ж) право на накнаду због погрешне осуде.

Ови критеријуми добијају своју даљу разраду кроз праксу Европског суда, кроз уставне и гаранције у ЗКП/2011.

V Општи елементи начела правичног поступка

Општи елементи појма правичног поступка односе се како на грађански, тако и на кривични поступак, док се посебне гаранције односе само на кривични поступак. Европски суд опште гаранције из чл. 6 ст. 1 сагледава истовремено са посебним гаранцијама предвиђеним чл. 6 ст. 2 и 3 (а – е) као однос општег и посебног.⁵²

⁵⁰ Царић, М., “Појам начела правичног поступка пред казним судом”, *Зборник радова Правног факултета*, Сплит, број 43, 2/2006, страна 61

⁵¹ Ђурђић, В., “Начело правичног поступка”, *Ревизија за криминологију и кривично право*, Београд, 2006, бр. 3, стр. 67-94.

⁵² Виткаускас., Диков., Заштита права на правично суђење

1. Право странака да присуствују радњама и да буду саслушане

Да би странка могла да остварује своја права мора јој се обезбедити најпре право на приступ суду. Право на приступ суду није изричито наведено у Европској конвенцији и не спада у апсолутно заштићена права, али је Европски суд заузео став да ово право мора постојати и бити делотворно увек када се ради о заштити права човека и када такав захтев постоји.

На основу праксе Европског суда дискутабилна је одредба ЗКП/2011 према којој оштећени не би био у могућности да преузме кривично гоњење за кривично дело које се гони по службеној дужности пре потврђивања оптужнице уколико јавни тужилац одбаци кривичну пријаву, обустави истрагу или одустане од кривичног гоњења (чл. 51 ст. 1). Право оштећеног на приговор вишем јавном тужиоцу не може се сматрати делотворним. Сматрамо да је требало задржати одредбу ЗКП из 2001. године када је супсидијарна оптужба била могућа увек када јавни тужилац одлучи да не предузме кривично гоњење. Додатну тешкоћу судској пракси представља чињеница да законодавац није одредио моменат када у скраћеном поступку (Глава XX ЗКП/2011) оштећени може преузети кривично гоњење у случају одустанка јавног тужиоца јер у том поступку нема оптужнице (има оптужног предлога) и нема потврђивања оптужнице. Окривљени је ЗКП/2011 добио право да подноси захтев за заштиту законитости и тај ванредни правни лек престао је да буде искључиво право јавног тужиоца како је ранијим кривичнопроцесним правилима то питање било регулисано. Окривљени може овај ванредни правни лек поднети против правноснажне одлуке јавног тужиоца што је такође новина и правноснажне одлуке суда искључиво преко браниоца највишој судској инстанци (чл. 483 ст. 3). Основ за подношење овог ванредног правног лека су и случајеви када је повређено или ускраћено право и слобода окривљеног или другог учесника у поступку које је зајемчено Уставом, Европском конвенцијом и додатним протоколима, а то је утврђено одлуком Уставног суда или Европског суда за људска права (чл. 485 ст 1 тач. 3).

Право на приступ суду може бити ограничено *процесним препрекама* као што су изостанак права на правни лек, кратки рокови за изјављивање правног лека или високи

трошкови поступка, али и практичним препрекама као што је недостатак правне помоћи.

Законодавац прописује да осумњичени нема права на жалбу у случају када јавни тужилац донесе наредбу о покретању истраге (чл. 296 ст.1), па је тиме онемогућен да приступи суду и затржи судску заштиту. Право на приступ суду може бити прекршено, према пракси Европског суда, у случајевима постојања *кривичнопроцесног имунитета* који спречава примену кривичнопроцесног закона. Устав прописује да кривичнопроцесни имунитет уживају народни посланици, председник Србије, председник и чланови Владе, судије Уставног суда, као и судије и јавни тужиоци.

Европски суд разматрао је питање прекорачења овлашћења у поступању полиције у истрази и спречавању насиља и криминала, али да се полицији не може пружити бланко имунитет за све потезе, без анализе сразмерности између јавног интереса и предузетих радњи.⁵³ Европски суд се у својој пракси суочио и са представкама у вези са парламентарним дебатама у којима су изречене увреде на рачун подносилаца представки. На основу праксе Европског суда не може се доћи до јединственог правила, већ ће се сваки случај анализирати посебно у светлу околности под којим се одиграо спорни догађај или на основу садржине саме изјаве у тој дебати (одговор на питање да ли је имунитет оправдан или није даје природа спора, а не правни статус страна у њему)⁵⁴. Некада ће приступ суду бити онемогућен значењем заштите коју има парламентарна дебата, а у неким случајевима је могуће мешање политичког тела при спречавању приступа суду када деловање посланика није у вези са његовим обавезама и активностима у парламенту.

Право је странака да присуствују радњама и да буду саслушане. Став Европског суда је да *окривљени мора присуствовати суђењу*.⁵⁵ Суђење у одсуству окривљеног допуштено је као изузетак, ако судске власти и поред своје ревности нису могле да обавесте окривљеног о одржавању претреса или је такво суђење у интересу спровођења правде.

⁵³ Нула, М., Катарина, Х., Водич, *Osman v. the United Kingdom*, 28.10.1998.год.

⁵⁴ *ibid.*, *Cordova v. Italy*, 30.1.2003.год.

⁵⁵ Нула, М., Катарина, Х., Водич, *Ekbatani v. Sweden*, 26.5.1988.год.

Законодавац прописује да се окривљеном може судити само у његовом присуству ако је доступан суду, осим када је суђење у одсуству законом изузетно дозвољено (чл. 13 ст. 1). Окривљеном који је доступан суду не може бити изречена кривична санкција ако му није омогућено да буде саслушан и да се брани (чл. 13 ст. 2).

Када полиција прикупља обавештења од лица за које постоје основи сумње да је учинилац кривичног дела или према том лицу предузима радње у предистражном поступку, предвиђене овим законом, може га позвати само у својству осумњиченог. У позиву ће се осумњичени упозорити да има право да узме браниоца (чл. 289 ст. 1). У наставку истог члана наводи се: ако полиција у току прикупљања обавештења оцени да позвани грађанин може бити сматран осумњиченим дужна је да га одмах поучи о правима из чл. 68 ст. 1 тач. 1 и 2 ЗКП и праву да узме браниоца који ће присуствовати његовом саслушању (чл. 289 ст 2) из чега произилази да претходно није био позван као осумњичени и није упозорен да има право на браниоца. Он је пред полицијом већ дао неке изјаве на основу којих је полиција оценила да позвани може бити сматран осумњиченим. Овакав поступак не може бити у складу са начелом правичности и са становишта начела забране самооптуживања о чему ће бити речи касније. Ако је реч о ухапшеном, јавни тужилац је дужан да га поучи о правима из члана 69 ст. 1 ЗКП међу којима спада и право на поверљив разговор са браниоцем. Лице које је позвано, па затим осумњичено није имало право на такав разговор са браниоцем већ само право да бранилац присуствује његовом саслушању од тренутка када му је саопштено да је осумњичено.

Законом је прописано да је јавни тужилац дужан као носилац истражне функције да браниоцу упути позив да присуствује саслушању осумњиченог, односно да осумњиченом и његовом браниоцу упути позив, а оштећеног обавести о времену и месту испитивања сведока и вештака (чл. 300 ст. 1). Осим овим доказним радњама, осумњичени и његов бранилац могу присуствовати и другим доказним радњама, могу да постављају питања, износе примедбе и предлажу прикупљање појединих доказа (чл. 300 ст. 8). Јавни тужилац је дужан да упути позив браниоцу и осумњиченом, а не и да се увери да је позив примљен што није адекватна формулација ове одредбе. Осим тога, ако се доказна радња предузима ван седишта суда, а осумњичени се налази у притвору, јавни тужилац ће одлучити да ли је неопходно присуство осумњиченог или ће бити позван само његов бранилац. Оваквом решењу се може приговорити са становишта

интереса осумњиченог, јер је он изворно у функцији одбране. Још већа одступања ЗКП/2011 чини у поступцима у којима поступа јавни тужилац посебне надлежности. Јавни тужилац може испитати сведока и без позивања осумњиченог и његовог браница да присуствују испитивању *ако оцени да њихово присуство може утицати на сведока(?)*. У том случају судска одлука се не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на том исказу сведока (чл. 300 ст. 2). У истом члану присутна је још једна нелогичност која се састоји у томе да јавни тужилац може испитати сведока или вештака само по претходном одобрењу судије за претходни поступак упркос томе што позив осумњиченом и његовом браниоцу није достављен у складу са одредбама ЗКП. Према ставу Европског суда странка се може одрећи присуства усменој расправи уколико је то одрицање неопозиво.⁵⁶ Окривљени који се одрекао усмене расправе мора и даље имати правног заступника. Одредба према којој ће припремно рочиште бити одржано у присуству браниоца окривљеног уколико је окривљени уредно позван, а није дошао нити је свој изостанак оправдао (чл. 348 ст. 2) јесте у складу са оваквим ставом Европског суда.

Када на главни претрес не дође јавни тужилац или лице које га замењује, председник већа ће о томе обавестити надлежног јавног тужиоца и затражити да одмах одреди замену. Ако то није могуће, главни претрес ће бити одложен, а председник већа ће о томе обавестити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца. (чл. 379 ст. 1). Уколико оптужени не дође на главни претрес и не оправда свој изостанак, веће ће наредити да се доведе, а уколико то није могуће, претрес ће бити одложен и донеће се наредба о довођењу оптуженог на идући главни претрес (чл. 380 ст. 1). Уколико бранилац не дође и не оправда свој изостанак, или неоправдано напусти главни претрес, председник већа ће позвати оптуженог да одмах узме другог браница, ако он то не учини, веће ће одлучити да се главни претрес одржи и без присуства браниоца уколико није реч о обавезној одбрани када ће главни претрес бити одложен или прекинут (чл. 382 ст. 1 и 2). Главни претрес се може одржати без присуства оптуженог и његовог браниоца у случају да се према доказима у списима очигледно морало донети решење којим се оптужба одбацује или пресуда којом се оптужба одбија (чл. 383 ст. 1). У случају да је оптужени проузроковао сопствену неспособност за учествовање на главном претресу, веће може одлучити да се главни претрес одржи, али

⁵⁶ Нула, М., Катарина, Х., Водич, *Poitrimol v. France*, 23.11.1993.год.

не и заврши у одсуству оптуженог, а председник већа ће му поставити браниоца по службеној дужности (чл. 383 ст. 2). Оптуженом се може судити у одсуству само када постоје нарочито оправдани разлози да му се суди иако је одсутан, под условом да је у бекству или није доступан државним органима (чл. 381 ст. 1).

Европски суд заузео је став да присуство оптуженог није неопходно у жалбеном поступку ако се по жалби расправља само о правним питањима уз присуство браниоца, док је присуство оптуженог неопходно код утврђивања чињеница.⁵⁷ Присуство оптуженог биће пожељно, према ставу Европског суда, ако је сам оптужени извор важних чињеничних доказа, када је његов карактер или здравље релевантно за формирање правног мишљења жалбеног суда, ако одлука другостепеног суда може бити неповољнија по оптуженог. Право на присуство не значи и обавезу суда да доведе оптуженог на претрес.⁵⁸

Када по жалби поступа првостепени суд и када веће поново отвара главни претрес и наставља доказни поступак (чл. 443 ЗКП/2011), примењиваће се сва она правила која важе за главни претрес. Код поступања другостепеног суда по жалби на седници већа или на претресу важи следеће правило у погледу присуства оптуженог: због недоласка странака које су уредно обавештене о одржавању седнице већа или претреса, а свој недолазак нису оправдале, седница већа или претрес неће се одлагати већ ће се одржати и без њиховог присуства (чл. 447 ст. 5. и чл. 449 ст. 3). У случају недоласка оптуженог на претрес, суд ће оптуженом који нема браниоца одредити браниоца по службеној дужности. Председник већа ће наредити да се обезбеди присуство оптуженог ако веће оцени да је то неопходно за разјашњење ствари (чл. 447 ст. 4). Новина у ЗКП/2011 је да оптужени може учествовати на седници већа путем техничких средстава за пренос звука и слике кад је његово присуство отежано из безбедоносних или других разлога. Оптужени ће се у позиву за главни претрес у скраћеном поступку упозорити да ће се главни претрес одржати и у његовом одсуству у случају да му се суди за кривично дело за које је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године, ако његово присуство није нужно и ако је пре тога био саслушан (чл. 506 ст. 2 и чл. 507 ст. 2). Рочиште за изрицање кривичне санкције ће се одржати без присуства

⁵⁷ Нула, М., Катарина, Х., Водич, *Cooke v. Austria*, 8.2.2000.год.

⁵⁸ Виткаускас., Диков., *Заштита права на правично суђење*, стр. 63

оптуженог и његовог браниоца када одбрана није обавезна ако је уредно обавештен и упозорен (чл. 515 ст. 2).

Закључујемо да ЗКП/2011 обилује изузецима када је реч о присуству окривљеног током кривичног поступка.

2. Право на једнакост оружја

Према ставу Европског суда „једнакост оружја“ представља подједнаке процесне могућности странака, или, међу којима постоји правична равнотежа у кривичном поступку. Странка у кривичном поступку мора имати разумну могућност да представи суду свој случај под условима који је неће довести у битно неповољнији положај у односу на другу страну.⁵⁹ Право на „једнакост оружја“ оснажено је правом на акузаторни поступак које подразумева да стране у кривичном поступку буду упознате са свим доказима или напоменама у списима, као и да могу да их коментаришу. Минимална јемства у поступку који пледира да буде правичан је да се могу подносити докази, да се могу оспоравати докази супротне стране (адверзијални карактер) и да се докази (материјал од кључне важности) морају обелоданити. Правичним поступком се не може назвати онај кривични поступак у коме би једна страна имала право да буде на суду када друга није присутна (повреда права да странка присуствује поступку). Право на „једнакост оружја“ понекад се подударе са правом одбране на испитивање сведока па их у том случају Европски суд истовремено разматра и испитује.⁶⁰ Дилеме о правичности неког поступка могу се јавити у случају када је обелодањивање доказа ограничено јавним интересом (поверљивост материјала) као што је безбедност земље, заштита тајне истраге и заштита сведока. Према ставу Европског суда, домаћи судови у таквим поступцима морају успоставити равнотежу између јавног интереса и интереса одбране. Право на „једнакост оружја“ трпи изузетке због настојања законодавца да изгради брз кривични поступак. Домаћа стручна јавност посебно указује на пропусте у ЗКП/2011 који су учињени непоштовањем права на „једнакост оружја“ и неравноправним положајем окривљеног у кривичном поступку и то у свим његовим

⁵⁹ Нула, М., Катарина Х., Водич, De Haes and Gijssels v. Belgium, 24.2.1997.год.

⁶⁰ Виткаускас., Диков., Заштита права на правично суђење. стр. 59

стадијумима и фазама: предистражној и истражној фази (претходни стадијум), фази припреме главног претреса, током главног претреса и објављивања првостепене пресуде (главни стадијум) и у стадијуму по правним лековима.

У предистражној и истражној фази јавни тужилац је „суверени господар поступка“ иза кога стоји државни апарат и који полицији издаје обавезне налоге за предузимање доказних радњи у поступку. Он у овој фази, као и у истрази, наступа као државни орган (орган поступка), а не као странка.⁶¹ Јавни тужилац и полиција дужни су да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње и да са једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист (чл. 6 ст. 4).

Право окривљеног је да непосредно пре првог саслушања прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака (чл. 68 ст. 1 тач. 6 ЗКП/2011), као и да разматра списе и разгледа предмете који служе као доказ (чл. 68 ст. 1 тач. 8), да прикупља доказе за своју одбрану (чл. 68 ст. 1 тач. 10). Ова права призната су и браниоцу. Окривљени, према ЗКП/2011 има право да буде обавештен о природи и разлозима оптужбе, док је ранији ЗКП/2001 прописивао да пре првог саслушања окривљени буде обавештен о доказима који су против њега прикупљени. Поставља се питање да ли бранилац може да разгледа списе и предмете пре саслушања окривљеног, јер јавни тужилац има право да то његово право одложи (суспендује) док не испита осумњиченог (саслушање осумњиченог није услов за доношење наредбе о истрази) или док не саслуша и последњег осумњиченог када је више лица под сумњом (чл. 303 ст. 1). Закон дозвољава окривљеном и браниоцу да после разгледања списа и предмета, доставе предлог за предузимање одређених доказних радњи (чл. 303 ст. 2), али такав предлог јавни тужилац може одбити и завршити истрагу. Окривљени и бранилац могу предлог који је јавни тужилац одбио поднети судији за претходни поступак и ако га он усвоји наложиће јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одредиће рок за њено предузимање (чл.302 ст. 2 и 3). Оправдана је стрепња на какав начин ће јавни тужилац

⁶¹ Тренутак започињања кривичног поступка у ЗКП/2011 је у супротности са теоријском дефиницијом кривичног поступка. Без суда и странака нема процесноправног односа па ни кривичног поступка. У претходном кривичном поступку јавни тужилац је орган поступка и постаће странка тек у судском поступку. Према правној природи претходни поступак је посебна врста правосудно-управног поступка где је суд у лику судије за претходни поступак само „чувар људских права“ (Грубач, М., Васиљевић,Т. *Коментар ЗКП, Предговор*).

предузети наложену доказну радњу. Затим, ЗКП не предвиђа никакву последицу за јавног тужиоца у случају да ту радњу не предузме. Оваква могућност не може бити сматрана правичном, па би требало предвидети могућност да судија наложи јавном тужиоцу да предузме доказну радњу под претњом да ће је сам предузети уколико он то не учини у одређеном року (изузетак од начела акузаторности). С друге стране, осумњичени који је саслушан и његов бранилац дужни су да по прикупљању доказа и материјала у корист одбране (чл. 301) обавесте јавног тужиоца о томе и да му пре завршетка истраге омогуће разматрање списка и разгледање предмета који служе као доказ (чл. 303 ст. 3). Оваква одредба ЗКП/2011 најпре је у супротности са претпоставком невиности и обавезом јавног тужиоца да доказује оптужбу. Одредбом чл. 301 даје се могућност осумњиченом и његовом браниоцу да самостално прикупљају доказе и материјал у корист одбране, али у смислу припреме за одбрану и прикупљање података који би могли да буду од користи приликом провере кредибилитета доказа и изјаве сведока супротне стране у даљем току поступка.

Одступање од једнакости страна у поступку изражена је у одредби да јавни тужилац наредбу о спровођењу истраге доноси пре или непосредно после прве доказне радње коју су предузели јавни тужилац или полиција у предистражном поступку, а најкасније у року од 30 дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела (чл. 296 ст. 2). Како полиција и јавни тужилац први долазе на место извршења кривичног дела, полиција може задржати затечена лица која могу дати податке важне за поступак и ако је вероватно да се њихово испитивање касније не би могло извршити, или би било скопчано са знатним одуговлачењем или другим тешкоћама (чл. 290 ст.1). Јавни тужилац, на основу информација које добије од полиције, може први доћи до сведока и може користити касније своје прече право предлагања сведока тако што ће и сведоке одбране означити као своје сведоке. Тако би онемогућио одбрани контакт са тим сведоцима (чл. 301 ст. 3) и онемогућио би одбрани основно испитивање на главном претресу. Себи би обезбедио додатно испитивање које одбрана не може оспоравати новим унакрсним испитивањем. У спровођењу основног и унакрсног испитивања из тактичких разлога „главни адути“ чувају се за додатно испитивање, па је јасно у каквој би предности био јавни тужилац у односу на одбрану на главном претресу. Осим тога, јавни тужилац може без присуства браниоца испитати све потенцијалне сведоке и на тај начин ограничити право одбране на прикупљање

доказа. Докази које је полиција прибавила предузимањем доказних радњи могу бити коришћени у даљем току кривичног поступка, ако су доказне радње спроведене у складу са закоником (чл. 287 ст. 2).

Начело правичног поступка драстично је повређено у истрази у којој су доказне радње јавног тужиоца по својој доказној снази изједначене као да их је извео суд. Доказне радње не могу имати исти кредибилитет као судске.⁶² Поставља се питање, шта се дешава уколико вештак који је дао свој налаз и мишљење у истражном поступку или сведок који је дао исказ у истрази, не буду доступни суду у време одржавања главног претреса, те у том случају окривљени и његов бранилац не би имали прилику да их испитају о околностима о којима су говорили, чиме се угрожава начело правичног поступка. Уколико до такве ситуације дође, пресуда не би смела да се заснива само на тим доказима који су изведени у истрази. Правичније је решење да доказе за које постоји опасност да се не могу поновити на главном претресу (које не трпе одлагање) изводи суд (судија за претходни поступак).⁶³ Овакво решење, простом заменом судске истраге формалном јавнотужилачком, не доприноси ефикаснијем кривичном поступку, јер ће се те доказне радње поновити на главном претресу.⁶⁴ ЗКП одступа од оваквог става и дозвољава да суд није везан доказима изведеним на главном претресу када сведок или вештак не може да наведе уверљив разлог за одступање од ранијег исказа датог у истрази. Нелогично решење је и да ће се записник са исказима сведока или вештака читати на главном претресу када они не желе да исказују без законског разлога.

Лица која присуствују доказним радњама могу предложити јавном тужиоцу да ради разјашњења ствари постави одређена питања осумњиченом, сведоку или вештаку, а по дозволи јавног тужиоца могу постављати питања и непосредно што је у складу са начелом акузаторности. Ова лица имају права да се њихове примедбе унесу у записник, као и њихове примедбе у погледу предузимања појединих радњи, а могу и предложити предузимање појединих доказа (чл. 300 ст. 8). Положај окривљеног у знатној мери је

⁶² Ђурђић, В., Нормативне претпоставке на правично суђење у кривичним стварима, *Правни живот*, бр. 9/2013, стр. 715 – 728.

⁶³ Шкулић, М., Илић, Г., *Како је пропала реформа*, Београд, 2013.

⁶⁴ Ђурђић, В., Покретање и контрола јавнотужилачке истраге, *Тужилачка истрага*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014.

побољшан могућношћу да ангажује стручног саветника, а веома важна одредба је да се он може ангажовати и по службеној дужности оптуженом у случају кад није у могућности да сноси трошкове за његово ангажовање.

У погледу равноправности и „једнаког оружја“ оправдано је питање шта значи одредба о праву окривљеног да прикупља доказе у корист своје одбране, ако се налази у притвору. Један од разлога за притвор противуречи праву на прикупљање доказа, а реч је о опасности од доказне опструкције. Ова примедба је оправдана, јер је управо окривљени изворно у функцији одбране, а бранилац онај који има обавезу пружања стручне помоћи.

Право је окривљеног да поднесе одговор на оптужницу и да се на припремном рочишту изјасни о њој, као и да на припремном рочишту странке могу предлагати нове доказе ако за њих нису знале до потврђивања оптужнице. Свака странка ће се изјаснити о предлозима супротне странке и оштећеног. (чл. 350 ст.1 и 4).

После отварања главног претреса, објављивања састава већа и предмета претреса, провере да ли су дошла сва позвана лица, председник ће најпре позвати оптуженог да изнесе личне податке и да се изјасни о својој ранијој осуђиваности ако то није учинио на припремном рочишту (чл. 389 ст. 1 тач. 1). Председник већа ће упозорити оптуженог да пажљиво прати ток главног претреса и да је дужан да одмах или у најкраћем року изнесе предлог за извођење доказа по сазнању да је њихово извођење неопходно (чл. 389 ст. 1 тач. 2). Председник већа ће поучити оптуженог о његовим правима и дужностима из чл. 68 и 70 ЗКП, а посебно о праву да износи чењенице и предлаже доказе у прилог своје одбране, поставља питања саоптуженом, сведоку, вештаку и стручном саветнику и ставља примедбе и даје објашњења у вези са изведеним доказима и питати га да ли је поуку разумео (чл. 389 ст. 1 тач. 3).

Доказни поступак је централна фаза главног претреса. Предмет доказног поступка је извођење доказа о чињеницама које су предмет доказивања, а пресуда се може заснивати само на основу доказа изведених на главном претерсу. Уколико оптужени на главном претресу призна извршење кривичног дела, изводе се само докази који потврђују то признање (чл. 394 ст. 3).

Странке, бранилац, оштећени могу до краја главног претреса предлагати да се изведу нови докази, а могу поновити предлоге који су раније били одбијени (чл. 395), а о њиховом извођењу одлучује председник претресног већа. Председник већа може током поступка опозвати своје решење, а и веће поводом приговора може дозволити извођење појединих доказа. ЗКП/2011 прописује редослед извођења доказа, а после сваког доказа, странке, бранилац и оштећени могу изнети примедбе (чл. 396 ст. 4). Када оптужени у својој одбрани одступи од ранијег исказа биће упозорен на то и председник већа ће га питати за разлоге одступања (чл. 397 ст. 4). Оптужени има право да одбије да изнесе своју одбрану или да одбије да одговори на поједина питања, па ће се прочитати његов ранији исказ (чл. 397 ст. 6).

После изношења одбране следи саслушање оптуженог и питања могу постављати, најпре бранилац, па тужилац, затим председник већа и чланови већа, оштећени и његов законски заступник и пуномоћник, саоптужени и његов бранилац, вештак и стручни саветник (чл. 398 ст. 1). Бранилац и тужилац питања могу постављати оптуженом непосредно, а остали преко председника већа уколико им није дозвољено да и они питања постављају непосредно. Председник већа ће водити рачуна да се оптуженом не постављају забрањена питања (на пример, она која нису предмет доказног поступка), а странке могу захтевати да се о забрани изјасни претресно већа што се уноси у записник. Уколико има саоптужених, они имају право да постављају питања другим оптуженим. Председник већа може суочити саоптужене чији се искази о истој околности разликују (чл. 399 ст. 4). Када је реч о испитивању сведока и када су обе стране предложиле истог сведока или исто вештачење, сматраће се да је доказ предложила странка чији је предлог први заведен у суду. Уколико је сведока предложио суд први ће га испитати председник и чланови већа, потом тужилац, оптужени и његов бранилац, вештак, стручни саветник.

Прво се обавља основно испитивање, а после тога и унакрсно, а по одобрењу председника већа могу се постављати и додатна питања.

ЗКП регулише питања упознавања са садржином налаза и мишљења вештака, извођење доказа ван главног претреса, упознавање са садржином писмена и снимака, записника о исказима (чл. 403-406). Такође, ЗКП регулише питања издвајања

незаконитих доказа (чл. 407). Председник већа објавиће да је доказни поступак завршен уколико странке немају предлоге за допуну доказног поступка (чл. 411).

Страначко извођење доказа је правило, а извођење доказа по службеној дужности је само могућност. То је истовремено и највећа новина када је реч о доказивању, па је измењена и улога странака, учесника кривичног поступка у доказном поступку. Терет доказивања оптужбе је на тужиоцу, а суд изводи доказе на предлог странака.

После објављивања да је доказни поступак завршен следе завршне речи странака, тако што прво своју завршну реч излаже тужилац, затим оштећени и његов законски заступник или пуномоћник, а након тога бранилац и окривљени. Садржина завршних речи странака регулисана је као и у претходним законцима.

Сви оптужени остају у судници током главног претреса чиме се постиже равноправност свих оптужених са тужиоцем.

Наводимо још два примера, један који представља критику недоследности адверзијалног карактера кривичног поступка који се везује за главни претрес и други, који приговара пренаглашеном адверзијалном карактеру главног претреса.

Председник већа прима потврђену оптужницу са списима предмета (чл. 344 ст. 1) и започиње припреме за главни претрес што значи да му се са оптужницом достављају и сви докази. То није карактеристика адверзијалног поступка. Претресно веће морало би, у складу са адверзијалним карактером кривичног поступка, да добије „голу“ оптужницу без икаквих доказа пре њиховог извођења на главном претресу. Суд би своје мишљење требао да формира тек на главном претресу.⁶⁵

Други пример се односи на неуставност доказне пасивности суда.⁶⁶ Уставно право грађанина који је окривљен је да суд *расправи* о основаности сумње, а не да се пред судом о томе *расправља* као што је то решено ЗКП/2011. Стога су, како се наводи, „потенцијално неуставне све кључне одредбе ЗКП/2011 којима је конструисан стриктно адверзијални кривични поступак.

⁶⁵ Синђелић, Ж., Нови ЗКП – Адверзијални кривични поступак, *op.cit.*, стр. 906

⁶⁶ Шкулић, М., Противуставни карактер новог Законика о кривичном поступку, *op.cit.*, стр. 774

Када је реч о доступности тајних података (заштита јавног интереса) одбрани, ЗКП/2011 не прописује могућност ускраћивања права одбрани на доступност тако означених података.

Подаци о предлагању, одлучивању и спровођењу посебних доказних радњи представљају тајне податке (чл. 165 ст. 2). Суд може изузетно одредити меру посебне заштите којом се окривљеном и браниоцу ускараћује податак о истоветности заштићеног сведока ако након узимања изјаве од сведока и јавног тужиоца утврди да је живот, здравље и слобода сведока или њему блиског лица у тој мери угрожена да оправдава ограничење тог права на одбрану и да је сведок веродостојан (чл. 106 ст. 2). Истоветност заштићеног сведока која је ускраћена, суд ће открити одбрани најкасније 15 дана пре почетка главног претерса (чл. 106 ст. 3). Приликом одлучивања о овим мерама посебне заштите суд ће водити рачуна да се не одређује тежа мера ако се исти циљ може постићи применом блаже мере (чл. 106 ст. 3). Посебне доказне радње, са назнаком „посебне доказне радње“ и ознаком степена тајности, бележе се у посебном уписнику и чувају са материјалом у посебном омоту списка у складу са прописима који уређују тајне податке (чл. 165 ст. 1). Подаци о предлагању, одлучивању и спровођењу посебних доказних радњи представља тајне податке (чл. 165 ст. 2) и њихово одавање представља кривично дело о чему ће странке бити упозорене (чл. 364 ст. 3). ЗКП/2011 предвиђа одступање од општег правила о јавности главног претерса ради заштите интереса националне безбедности (чл. 363 ст. 1 тач. 1).

Јавни тужилац има најпотпуније право на жалбу јер он није само странка у поступку већ је и државни орган чија је обавеза да штити законитост. Он може изјавити жалбу како на штету, тако и у корист оптуженог (чл. 433 ст. 3). Окривљени и бранилац могу изјавити жалбу због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања само у односу на чињенице од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције у случају јасног и потпуног признања окривљеног (чл. 433 ст. 7) док овакво ограничење не важи за јавног тужиоца.

У стручној јавности постављено је питање да ли оптужени има право на жалбу у случају ослобађајуће пресуде. Оптужени може изјавити жалбу кад оспорава законски основ по коме је ослобађајућа пресуда донета и тражи примену другог законског

основа који је повољнији по њега.⁶⁷ Уколико би јавни тужилац током претреса пред другостепеним судом одустао од оптужбе потребна је сагласност оптуженог (чл. 450 ст. 5). Сагласност оптуженог објашњава се његовом потребом да захтева ослобађајућу пресуду која би за њега била лична сатисфакција, али би један од разлога могао да буде и избегавање оптуженог да гоњење преузме оштећени.

Могуће је јасно уочити одступања од принципа „једнакости оружја“ у скраћеном кривичном поступку у случајевима када одбрана није обавезна. Како се скраћени поступак води за кривична дела за која је као главна казна прописана новчана казна или казна затвора до осам година, скраћени поступак постаће практично доминантни поступак у судској пракси. Можемо само замислити у каквом ће се положају наћи окривљени који одлучи да се брани сам, а суочен је са високом затворском казном. Суд ће у позиву за главни претрес у скраћеном поступку поучити оптуженог да има право да узме браниоца, али да се, у случају кад одбрана није обавезна, због недоласка браниоца на главни претрес или узимања браниоца тек на главном претресу, не мора одложити главни претрес (чл. 506 ст. 3). Окривљени неће имати право на бесплатног браниоца за кривична дела за која је запређена казна до три године (чл. 77 ст. 1).

3. Право на јавну расправу, образложену и јавно објављену одлуку

Под правом на јавну расправу подразумева се да главном претресу могу, осим странака у поступку, оштећеног, сведока, вештака и стручних срадника, присуствовати и трећа лица као што су научни радници, студенти, представници невладиног сектора и нарочито представници медија. Јавност онемогућава тајност дељења правде и доприноси већем поверењу друштвене заједнице у правосуђе. Јавност, такође, доприноси остваривању начела правичног поступка. Право на јавну расправу обухвата и право на усмену расправу у првостепеном поступку и пред другостепеним судом када се расправља о чињеницама.

Предистражна фаза и истрага не подлежу општој јавности због саме природе стадијума претходног поступка. Било би нелогично да органи гоњења саопштавају преко медија које радње потраге ће предузети, на којим местима и на који начин, јер би

⁶⁷ Група аутора, (урс), Бејатовић, С., Шкулић, М., Илић, Г., Приручник за примену новог Законика о кривичном поступку, стр. 263, www.uts.org.rs, 13.9.2014. (Група аутора, Приручник)

хапшење учинилаца кривичних дела било знатно отежано. Зато за стадијум претходног поступка важи правило ограничене јавности и том стадијуму могу присуствовати само странке у поступку.

Законодавац прописује да је главни претерс јаван (чл. 362) и да главном претресу могу присуствовати само лица старија од 16 година. Истовремено, законодавац прописује и разлоге због којих јавност може бити искључена што је у складу са одредбама Европске конвенције и Уставом. Јавност ће бити искључена ако то захтевају интереси националне безбедности, јавног реда и морала, интереси малолетника, приватност учесника у поступку и други оправдани интереси у демократском друштву (чл. 363). Није јасно шта би могло да се подведе под „каучук норму“ други оправдани интереси у демократском друштву. Одредба у ЗКП није адекватно преузета, јер Европска конвенција наводи због „националне безбедности у демократском друштву“, као и када је „неопходно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде“. Решење о искључењу јавности мора бити образложено и јавно објављено што је у складу са правом на образложену и јавно објављену одлуку суда које је такође гарантовано Европском конвенцијом. Против овог решења није дозвољена посебна жалба, али се ова одлука може побијати у жалби на пресуду (чл. 365 ст. 1 и 3). Законодавац прописује случајеве искључења јавности са дела главног претреса, па посебно предвиђа могућност саслушања заштићеног сведока или сведока сарадника (чл. 366). Законодавац је предвидео да се припремно рочиште одржава без присуства јавности, али у наставку следи одредба да ће у позиву за припремно рочиште упозорити странке и оштећеног да се на припремном рочишту може одржати главни претрес чиме би главни претерс био одржан без присуства јавности (чл. 345 ст. 2 и 3).

Европска конвенција пружа гаранције у погледу *права на јавну и образложену одлуку суда која се заснива на прихватљивим доказима*. Када суд изрекне пресуду, председник већа ће је одмах објавити (чл. 425 ст. 1), а ако то није могуће одложиће објављивање за три дана, у сложеним предметима за највише осам дана и одредиће место и време објављивања пресуде (чл. 425 ст.2). Председник већа ће јавно прочитати изреку пресуде и саопштити укратко разлоге пресуде. Када је јавност била искључена, изрека пресуде ће се прочитати у присуству јавности, а претресно веће ће одлучити да ли ће искључити јавност приликом објављивања разлога пресуде.

Према пракси Европског суда под *објављеном пресудом* сматраће се и пресуда која је у суду доступна свакоме или се може добити у складу са захтевом за слободан приступ информацијама од јавног значаја.

Писмено израђена пресуда мора да садржи образложење (чл. 429 ст. 1), а у појединим случајевима образложење може бити делимично (чл. 429 ст. 3).

Како се овде не ради само о праву на образложење пресуде већ и других одлука у поступку, сматрамо да би и решење јавног тужиоца о одређивању мере задржавања до 48 сати морало да садржи навођење правног основа и кратко образложење такве одлуке. Прописивање права на образложену одлуку треба да заштити појединца од произвољности.

Са напуштањем инквизиторног и преласка на акузаторни поступак у мешовитим правним системима, као и са установљавањем права на образложену одлуку, актуелизовано је и питање субјективног и објективног идентитета оптужног акта и пресуде.

Суд заснива пресуду само на доказима који су изведени на главном претресу (чл. 419 ст. 1). Пресуда се може односити само на лице које је оптужено и само на дело које је предмет оптужбе садржане у поднесеној или на главном претресу измењеној или проширеној оптужници (чл. 420 ст. 1). Суд није везан за предлог тужиоца у погледу правне квалификације кривичног дела (чл. 420 ст. 2). Неспорно је, на основу наведених одредби ЗКП/2011, да између оптужног акта и пресуде мора постојати чињенични, али да не мора постојати правни идентитет. Спорно питање у теорији и пракси⁶⁸ је у којој мери суд може одступити од ових правила и да ли та одступања, под условом да тужилац није изменио оптужни акт током главног претреса, могу бити на штету оптуженог.⁶⁹ Сматрамо да је прихватљиво становиште да суд може одступити од оптужног акта у погледу наведеног чињеничног основа, на основу изведених доказа,

⁶⁸ Бајовић, В., „Објективни идентитет пресуде и оптужбе“, *Анали Правног факултета Београд*, година LXI, 1/2013, стр. 198-222.

⁶⁹ Мајић, М., „Чињенични идентитет пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања“, *Билтен Врховног касационог суда*, Београд, бр. 2/2011, стр. 85-105.

само ако такво одступање није на штету оптуженог.⁷⁰ У погледу правила да суд није везан правном квалификацијом кривичног дела, прихватљиво је становиште да се та невезаност креће само у границама кривичног дела наведеног у оптужном акту, што значи да суд оптуженог не може осудити за теже кривично дело, ако тужилац током главног претерса није изменио оптужницу. Суд, међутим, може осудити оптуженог и за тежи облик кривице на основу утврђеног чињеничног стања у границама истог кривичног дела, јер није везан правном квалификацијом тужиоца⁷¹ што је у складу и са максимумом *iura novit curia* (суд познаје право).

4. Неприхватљивост незаконитих доказа

Европски суд се не упушта у оцену доказа и то питање препушта дамаћим судовима. Предмет пажње тог суда, када је реч о незаконитим доказима, јесте да ли је странка у поступку имала могућност да такве доказе оспори.⁷²

Према ставу суда, докази прибављени на посредан начин или из „друге руке“ не морају да један поступак учине неправичним под условом да је постојала могућност за унакрсним испитивањем и да пресуда није у целини или делимично била заснована на том доказу.⁷³

Сви докази морају по правилу бити изведени у присуству одбране, као и да одбрана мора бити у могућности да током поступка оспори доказе супротне стране. Исказ који је добијен мучењем и злостављањем (чл. 53 Европске конвенције) или претњом мучењем и злостављањањем не може се користити у поступку, а ни лице које нема браниоца не може се присиљавати на признање.

Законодавац прописује да се судска одлука не може заснивати на исказу који је добијен мучењем, нечовечним поступањем, претњом, применом силе, обманом, изнудом (чл. 9 и чл. 85 ст. 5). Судска одлука се не може заснивати на сведочењу лица

⁷⁰ Грубиша, М., „Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе“, *Наша законитост*, бр. 11-12, Загреб, 1960а, стр. 601-618.

⁷¹ Грубач, М., *Кривично процесно право*, Увод и општи део, „Службени гласник“, Београд, 2004, стр. 399

⁷² Нула М., Катарина Х., Водич, *Schenk v. Switzerland*, 12. јул 1988.год.

⁷³ *ibid.*, *Unterperinger v. Austria*, 24. новембар 1986.год.

које је искључено од сведочења или лица које је ослобођено од обавезе сведочења или ако упозорење и одрицање није уписано у записник (чл. 95 ст. 5). Законодавац прописује да се као доказ не може користити исказ осумњиченог који је дат без присуства браниоца у случајевима обавезне одбране. Такав исказ се не може користити ни у поступку против другог лица. Уколико је исказ осумњиченог дат у полицији без присуства браниоца, исказ не може бити коришћен у поступку чак и ако се осумњичени одрекао права на браниоца. Ухапшено лице може саслушати јавни тужилац, а присуство браниоца неопходно је само у случају обавезне одбране.

Као доказ у поступку могу бити коришћене фотографије и видео снимци прикупљени „у оквиру општих мера безбедности“ на јавним местима, док је Уставни суд прогласио неуставном одредбу која је предвиђала прибављање доказа по налогу јавног тужиоца тајним надзором остварене телефонске комуникације, коришћењем базних станица или лоцирањем места са којих је комуникација остварена. За предузимање ових радњи неопходно је одобрење суда (одлука Уставног суда Србије од 13. јуна 2013).

Неприхватљиви су докази који се посредно заснивају на незаконито прибављеним доказима или на доказима којима је претходио незаконито прибављени доказ (принцип „плода отровног дрвета“). Неприхватљив би био и исказ сведока у поступку против непознатог учиниоца. Испитивање сведока и вештака у том случају може се предузети само по одобрењу судије за претходни поступак (чл. 300 ст. 6). Правичност би била угрожена уколико би се испоставило да је јавни тужилац могао знати ко би могао бити осумњичен или се то лице могло идентификовати. Пресуда се не може заснивати на исказу окривљеног који је са саокривљеним имао заједничког браниоца, а њихове одбране су супротстављене (чл. 78 ст. 1).

Када доказ не може бити коришћен он ће бити издвојен из списка предмета, а по правноснажности решења о издвајању чуваће се у посебно запечаћеном омоту (чл. 237 ст. 1) до уништавања (чл. 84 ст. 2). Судаће веће може одлучити до завршетка доказног поступка да опозове решење о издвајању доказа против кога није изјављена жалба и да се издвојени доказ изведе (чл. 407 ст. 4). Законодавац предвиђа изузетак од правила да се незаконити докази уништавају после правноснажно завршеног кривичног поступка и то у случају када је покренут поступак против лица која су прибавила такав доказ (на

пример, због сумње да су починила кривично дело изнуђивања доказа), па и у случају покретања парничног поступка за наканду штете.

Домаћа судска пракса следи смернице Европског суда када је реч о томе да ли се на незаконито прибављеним доказима може заснивати судска одлука или да ли се они могу користити у кривичном поступку. Осим случајева када се незаконити доказ по самом слову закона не може користити и на којима се не може заснивати судска одлука, постоје и они докази које ће суд оцењивати да ли су подобни и да ли је неопходно да буду изузети. Суд ће оцењивати да ли су такви докази прибављени супротно правном поретку и заштити људских права и слобода у кривичном поступку.

Кривични суд ће окривљеног огласити невиним када нема довољно доказа за његову виност. Све што је сумњиво иде у корист окривљеног, садржина је и значење начела *in dubio pro reo*. Такав став промовише и ЗКП/2011 у следећој одредби: сумњу у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, суд ће у пресуди или решењу које одговара пресуди, решити у корист окривљеног (чл. 16 ст. 5). Јавни тужилац може, с обзором на то какви су резултати претреса, изменити оптужницу, али само у корист окривљеног (чл. 450 ст. 5).

VI Посебни елементи начела правичног поступка

1. Претпоставка невиности

Претпоставка невиности гарантована је ЗКП/2011 формулацијом: свако се сматра невиним све док се његова кривица за кривично дело не утврди правноснажном одлуком суда (чл. 3 ст. 1). Повреда претпоставке невиности може бити учињена процедуралним одлукама у кривичном поступку, пребацивањем терета доказивања на оптуженог или у изјавама медијима. Државни и други органи и организације, средства јавног обавештавања, удружења и јавне личности дужни су да поштују правило о претпоставци невиности и да својим изјавама о окривљеном, кривичном делу и поступку не повређују права окривљеног (чл. 3 ст. 2). Неколико одредаба ЗКП/2011 могу бити спорне са становишта повреде претпоставке невиности.

Саокривљени је у истрази негирао кривицу, а затим је склопио Споразум о признању кривичног дела. Поставља се питање који исказ се може читати на главном претресу приликом упознавања са садржином записника о тим исказима. Предлог о признању кривичног дела не сме бити коришћен у кривичном поступку.

Прописивање обавезе на страни одбране да мора пре завршетка истраге обавестити тужиоца о доказима које је прикупила (чл. 303 ст. 3) може се сагледавати и као повреда претпоставке невиности, јер је терет доказивања на тужиоцу.

Поставља се питање да ли долази до повреде претпоставке невиности наметањем окривљеном и његовом браниоцу да већ на припремном рочишту предложи доказе који ће се изводити на главном претресу, уз упозорење да исте касније неће моћи да предлажу. Имајући у виду да је терет доказивања на страни тужиоца, закључујемо да се оваквом одредбом повређује претпоставка невиности. У одредби о изјашњавању странака на припремном рочишту ЗКП/2011 прописује да ће председник већа позвати оптуженог да се изјасни које наводе оптужнице оспорава и из којих разлога и упозориће га да ће се на главном претресу изводити само докази у вези са оспореним делом оптужнице (чл. 349 ст. 4). У овој одредби законодавац полази од претпоставке тачности оптужбе, а не од потребе да је терет доказивања наводи из ње на тужиоцу. Закључујемо да је на овај начин повређена претпоставка невиности окривљеног. Једино што преостаје окривљеном и одбрани је да оптужницу у целини оспоре. Уместо ефикасног поступка, овакво законско решење ће у пракси произвести супротне ефекте.

Одредба о одређивању притвора садржана у чл. 211 ст. 1 тач. 3 заслужује прецизнију формулацију. Одредба да се притвор може одредити ако „особите околности указују да ће у кратком временском периоду поновити кривично дело или довршити покушано кривично дело или учинити дело којим прети“ може бити тумачена као да је лице већ учинило кривично дело што је повреда претпоставке невиности. Свакако да се одредба односи на лице за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело, али оваква формулација изискује велику пажњу приликом израде решења.⁷⁴

⁷⁴ Прва пресуда Европског суда против Србије била је изречена у случају Матијашевић против Србије (бр. 23037/04) управо због повреде претпоставке невиности. Подносилац представке се жалио тврдећи да је судско решење о продужењу притвора прејудицирало исход његовог нерешеног кривичног случаја и повредило његово основно право на претпоставку невиности.

Еврпски суд и законодавац стоје на становишту уздржаности од изјава о поступку који је у току, а које дају физичка лица, јавне личности и које се објављују у медијима. Обазривост се посебно захтева од јавних личности или учесника у поступку. Чињеница да је неко осуђен у првостепеном поступку не лишава га права на претпоставку невиности. Нејасно је да ли ово право још увек важи у постуку по ванредним правним лековима. Судије не би требало да полазе од тога да је лице извршило кривично дело, а пожељна је опрезност и приликом изјава о том поступку од стране физичких лица и медија. Право на претпоставку невиности мора бити поштовано и после ослобађајуће пресуде.

Право на ћутање и заштиту од самооптуживања чини срж начела правичности и тесно је повезано са претпоставком невиности. Право на ћутање односи се на сваку изјаву која би касније била искоришћена у кривичном поступку као аргумент јавног тужиоца. Пракса Европског суда⁷⁵ указује на следеће ситуације кршења права на ћутање или права окривљеног да не инкриминише самог себе: а) обавеза сведочења под претњом казне и пребацивање терета доказивања невиности на окривљеног; б) принуда која може бити физичка или психолошка; в) прикривене технике и принуда помоћу преваре. Пребацивање терета доказивања био би случај у коме учесник у саобраћајној незгоди треба да открије идентитет возача који је ударио пешака и побегао.⁷⁶ Право на ћутање не може се проширити на прикупљање материјала који би се под принудом могао добити од окривљеног као што је резултат алкотеста, узорак крви и урина или ткива за ДНК анализу. Опште је правило да докази прикупљени под принудом не могу имати пресудан значај за доношење осуђујуће пресуде, а докази прибављени мучењем су апсолутно неприхватљиви. Тако је давање средстава за повраћање, како би се прибавио материјални доказ поседовања дроге, оцењен од стране Европског суда као кршење права заштите од самооптуживања због мучења, док је извлачење дроге од стране лекара, без последица по здравље, оцењено допуштеним и не представља кршење права заштите од самооптуживања. Повреда заштите од самооптуживања је случај убацивања доушника у истражни затвор како би сазнао информације од осумњиченог о инкриминисаном догађају и његово признање. Европски суд је закључио да право на ћутање није апсолутно право. Пресуда се не

⁷⁵ Нула, М., Катарина, Х., Водич, Saunders v. the United Kingdom, 17.12.1996.год.

⁷⁶ Виткаускас., Диков., Заштита права на правично суђење. стр. 79

може заснивати на ћутању окривљеног, али та привилегија није препрека да се ћутање окривљеног узме у обзир у ситауцијама за које је јасно да изискују објашњење.⁷⁷ Законска гаранција је право окривљеног да ништа не изјави, ускрати одговор на поједино питање, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу (чл. 68 ст. 1. т. 2). Оптужени није дужан да се изјасни о оптужби и да одговара на постављена питања на главном претерсу (чл. 392 ст.2).

Окривљени је, према законској гаранцији, ослобођен обавезе предаје предмета (чл. 149 ст.1 тач. 1). Право заштите од самооптуживања проширено је и кроз одредбу да су дужности сведочења ослобођена лица која су окривљеном блиска или су с њим у сродству (чл. 94). Поставља се питање да ли изјава саоптуженог према коме је поступак раздвојен или је већ правноснажно осуђен у раздвојеном поступку, уз кршење његовог права на ћутање, може бити коришћена у поступку против другог. Став Европског суда је да то не може бити правично. Наша судска пракса сусреће се са проблемом у тумачењу одредбе која регулише питање упознавања са садржином записника о исказу саоптуженог против кога се води раздвојени поступак или је он правноснажно осуђен у раздвојеном поступку (чл. 406 ст. 1 тач. 5) уз дилему да ли саоптужени може бити саслушан као сведок. Сматрамо, у складу са начелом правичности, да једно лице не може имати два својства у једном истом кривичном правном догађају.

2. Право на брзо и разумљиво обавештење о оптужбама

Право је окривљеног да одмах буде обавештен о оптужби и то на подробан начин како би могао да припреми и формулише своју одбрану. Зато се гаранције Европске конвенције о праву на брзо и разумљиво обавештавање о оптужби (чл. 6 ст. 3а) и право да се окривљеном обезбеди довољно времена и адекватни услови за припрему одбране (чл. 6 ст. 3б) сагледавају заједно. Према пракси Европског суда окривљени би морао да буде обавештен о оптужби пре првог разговора у полицији. Ово право признато је и Међународним пактом и изведено је из познатог преседана „Миранда против

⁷⁷ Нула М., Катарина Х., Водич, стр. 86

Аризоне”⁷⁸ Обавештење окривљеном треба да буде дато на језику који он разуме, али то не мора бити и његов матерњи језик.⁷⁹ Окривљени мора да добије потпуно обавештење о месту и времену извршења кривичног дела за које се сумњичи.⁸⁰

Према одредбама ЗКП/2011 окривљени има право да у најкраћем року, а увек пре првог саслушања, подробно и на језику који разуме буде обавештен о делу које му се ставља на терет, о природи и разлозима оптужбе, као и да све што изјави може бити коришћено као доказ у поступку (чл. 68 ст. 1 тач. 1). Законодавац сада прецизира тренутак када се осумљичени обавештава о свом праву и то је „увек пре првог саслушања“.⁸¹

ЗКП/2011 пружа гаранцију окривљеном да непосредно пре првог саслушања прочита кривичну пријаву, записник о увиђају и налаз и мишљење вештака. Ово право се односи и на његовог браниоца (чл. 71 ст. 1. тач. 2). Законодавац не прописује обавезну садржину кривичне пријаве и не помиње право окривљеног и његовог браниоца да се упознају и са доказима или прилозима уз кривичну пријаву. Ово је важно и са становишта одредбе да тужилац наредбу за покретање истраге може донети у року од 30 дана од обавештења о првој доказној радњи полиције (чл. 296 ст. 2).

Законодавац предвиђа додатне гаранције ухапшеном које су везане за лишење слободе. Право је ухапшеног, да уз права у чл. 68 ст. 1 тач. 1, тач. 2-4 и тач. 6, одмах на језику који разуме буде обавештен о разлозима хапшења.

Законодавац у Основним одредбама ЗКП/2011 предвиђа да је орган поступка дужан да у складу са одредбама законика поучи окривљеног или другог учесника у поступку

⁷⁸ *Miranda v. Arizona*, 436 US. 499, 56 l.Ed. 2nd 694, 86 S.ct. 1602 (1966) – Ернесто Миранда био је ухапшен 1963. године и одведен у полицијску станицу ради препознавања од стране жене која је била отета и силована. Одмах је био препознат и одведен је на испитивање где је признао извршење оба кривична дела и то потврдио својим потписом изјаве. Одлучујући по жалби Миранде, Врховни суд САД је закључио да се та изјава не може користити јер осумњичени пре испитивања није упозорен на своје право да не мора ништа изјавити (право на заштиту од самооптуживања), да свака његова изјава може да се употреби као доказ против њега и да његовом испитивању може присуствовати бранилац. Његова жалба је усвојена, али је у поновљеном поступку осуђен на истоветну казну. Од тог случаја полиција има обавезу да осумњиченом упутити тзв. „Миранда упозорење“.

⁷⁹ Нула М., Катарина Х., Водич, *Brozicek v. Italy*, 19. децембар 1989.год.

⁸⁰ *ibid.*, *Mattocia v. Italy*, 25. јул 2000.год.

⁸¹ ЗКП/2001 је тај тренутак одређивао као „ а најкасније на првом саслушању“

о правима које му припадају (чл. 8 ст. 1). Из ове одредбе произилази да се окривљени не обавештава о свим правима у исто време. О праву да предложи нове доказе обавестиће се и поучити у позиву за припремно рочиште (чл. 347 ст. 2), о праву да има право да узме браниоца када се први пут позива или у позиву за главни претрес (чл. 355 ст. 3). Окривљени ће бити поучен и на посредан начин о неком свом праву као што је то случај када тужилац упита окривљеног да ли има питања за остале учеснике у поступку извођења доказних радњи (чл. 300 ст. 1 и 8). У појединим случајевима није прописано давање непосредног или посредног обавештења о неком праву као што је то у случају права окривљеног да прикупља доказе и материјале за своју одбрану (чл. 301). Ако би услед незнања, окривљени или други учесник у поступку могао да пропусти неку радњу или не искористи своја права, орган поступка је дужан да га упозори на последице пропуштања (чл. 8 ст. 2). Пропуштање органа поступка да испуни ову општу дужност може утицати на правичност кривичног поступка.

3. Одговарајуће време и услови за припрему одбране

Време потребно за припрему одбране зависи од сложености предмета и фазе у којој се поступак налази. Ово право се у извесној мери преклапа са адверзијалним начелом и правом „једнакости оружја“, а сагледава се и са правом на правну помоћ које је гарантовано Европском конвенцијом (чл. 6 ст. 3ц). Трајање времена потребно за одбрану мора да буде у равнотежи са захтевом ефикасности поступка и суђења у разумном року. Пракса Европског суда посебно указује на право браниоца на неограничен и поверљив приступ окривљеном пре суђења, а који се налази у притвору.⁸²

Дужност управе притворске јединице је да обезбеди адекватне услове за несметану комуникацију окривљеног и његовог браниоца.

Европски суд посебно инсистира на слободној комуникацији окривљеног са браниоцем у припреми одбране као кључном чињеницом за остваривање правичног суђења.⁸³ Европски суд и поред указивања на значај слободне комуникације

⁸² Нула М., Катарина Х., Водич, *Öcalan v. Turkey*, 12. мај 2005. год.

⁸³ *ibid.*, стр. 113

окривљеног и браница у припреми одбране, дозвољава и изузетке од овог правила. Европска конвенција није била прекршена у случају када је браниоцу била онемогућена лична комуникација са окривљеним („окорели криминалац“) на одређено време, али је било дозвољено дописивање уз надзор, или зато што је окривљени био смештен у самицу на одређено време. Европски суд је заузео став да ограничења у овом погледу морају бити сразмерна утврђеним ризицима.⁸⁴

Оствараивање права на адекватне услове припреме одбране подразумева и право окривљеног и његовог браниоца да се упознају са резултатима истраге и да имају приступ прикупљеним доказима. Код остваривања права на увид у доказни материјал, Европски суд признаје одређене изузетка као што је, на пример, обавеза браниоца да клијенту не открије идентитет сведока у раној фази поступка.

Законодавац предвиђа да се позив оптуженом мора доставити тако да између достављања позива и дана главног претереса остане довољно времена за припремање одбране, а најмање осам дана. Када се ради о оптужби за кривична дела за која се може изрећи казна затвора од десет година или тежа казна, време за припремање одбране износи најмање петнаест дана. На захтев оптуженог или на захтев тужиоца, а по пристанку оптуженог ови рокови се могу скратити (чл. 355 ст. 4). Како се наводи да је рок „најмање осам дана“ или „најмање петнаест дана“, произилази да се они могу не само скратити, већ и продужити. Слична формулација односи се и на позивање на главни претрес у скраћеном поступку где се наводи рок од најмање осам дана (чл. 506 ст. 5).

У одредби о одређивању рочишта за изрицање кривичне санкције позив оптуженом мора се доставити тако да између дана достављања позива и дана одржавања рочишта остане најмање пет дана што такође указује да би тај рок могао бити и дужи (чл. 515 ст. 3).

Рок за изјављивање жалбе у поступку може бити продужен одредбом ЗКП/2011 у нарочито сложеним предметима. Странка и бранилац могу одмах по објављивању пресуде захтевати продужење рока за изјављивање жалбе у односу на прописани општи рок од петнаест дана. Ако се усвоји захтев, рок се може продужити за још

⁸⁴ *ibid.*, стр 114

петнаест дана, а у случају да буде одбијен, жалба на решење којим се одлучује о захтеву није дозвољена (чл. 432 ст. 1-3). Општи рок за изјављивање жалбе против решења износи три дана (чл. 466 ст. 2). Захтев за продужење рока за изјављивање жалбе на пресуду у скраћеном поступку може се поднети одмах по објављивању пресуде у сложенијим предметима. Уколико судија појединац усвоји захтев он општи рок од осам дана може продужити до петнаест дана (чл. 509).

Суд је дужан да одбрани обезбеди довољно времена у случају измене или подношења нове оптужнице (чл. 409 ст 3). У случају проширења оптужнице, веће ће прекинути главни претрес и обезбедити довољно времена за припрему одбране (чл. 410 ст. 2).

Главни претрес може бити одложен на предлог странака и браниоца или по службеној дужности најдуже до 30 дана када је то из важних разлога оправдано. Међу важним разлозима треба укључити и право на припрему одбране.⁸⁵

Када је реч о условима за припрему одбране, бранилац има право да се непосредно пре првог саслушања упозна са садржином кривичне пријаве и доказним материјалом (чл. 71 ст. 1. тач. 2), да током поступка бранилац и осумљичени после саслушања разматрају списе и разгледају прикупљене предмете који служе као доказ (чл. 251 ст. 1). Законодавац прописује да је тужилац дужан да одбрани омогући разматрање списа и разгледање предмета у року који је довољан за припрему одбране (чл. 303 ст. 1).

4. Право на заступање и правну помоћ

Право на заступање и правну помоћ, према пракси Европског суда, подразумева право на личну одбрану или одбрану уз ангажовање адвоката, право на бесплатну правну помоћ када то налажу интереси правде, а окривљени нема средстава да плати одбрану адвоката и право окривљеног на делотворну правну помоћ.⁸⁶

⁸⁵ Грпа аутора, (ур), Љушић, Р., Коментар Законика о кривичном поступку, *Службени гласник*, Београд, 2014. год. (Група аутора, Коментар ЗКП/2011)

⁸⁶ Виткаускас., Диков., Заштита права на правично суђење, стр. 103

Право на личну одбрану подлеже изузецима у случајевима обавезне одбране које прописује унутрашње право. У случају личне одбране, осумњиченом припадају сва права која би имао и његов бранилац да га је ангажовао.

Када власти одлучују о додељивању бесплатне правне помоћи размотриће захтев у зависности од два аспекта: финансијских средстава окривљеног и интереса правде у конкретном случају (на пример, окривљеном прети дуга затворска казна у случају осуде). Право на бесплатну правну помоћ примењује се у свим фазама поступка, а окривљени нема право да бира браниоца у случају да његов захтев буде одобрен.

Ограничење броја бранилаца окривљеном није у супротности са праксом Европског суда и правом на заступање. Осумњичени мора имати браниоца одмах после хапшења, а признање добијено од притвореника без присуства адвоката је противно гаранцијама Европске конвенције. Присуство адвоката није обавезно ако полиција испитује неко лице које ће тек касније бити осумњичено. Осумњичени се може, према становишту Европског суда, одрећи права на правну помоћ ако је то одрицање било изричито и свесно. Право је окривљеног да оствари поверљиву комуникацију са браниоцем, а надзор је дозвољен само у случајевима када је то „апсолутно неопходно“.⁸⁷ У случају неодговорног и непрофесионалног понашања адвоката, држава има право да таквог браниоца замени другим коме ће бити остављено довољно времена да се упозна са предметом.

Законодавац прописује право окривљеног да се брани сам или уз стручну помоћ браниоца у складу са одредбама ЗКП/2011 (чл. 68 ст. 1 тач. 3) и да његовом саслушању присуствује бранилац (чл. 68 ст. 1 тач. 4).

Окривљени има право да сам изабере браниоца, али то право законодавац признаје и његовом законском заступнику, брачном другу, сроднику по крви у правој линији, усвијитељу, усвојенику, брату, сестри, хранитељу и лицу са којим живи у ванбрачној или кавој другој трајној заједници живота, осим ако се окривљени томе изричито не противи (чл. 75 ст. 1). Окривљени има право на браниоца који ће присуствовати његовом саслушању у свим стадијумима поступка. Када се окривљени први пут саслушава биће му саопштено да се изјасни да ли ће узети браниоца по свом избору, уз

⁸⁷ *ibid.*, стр. 106

упозорење да ће му, ако не узме браниоца у случајевима обавезне одбране, бранилац бити постављен по службеној дужности (чл. 85 ст. 3). Када бранилац, у случају обавезне одбране, није присуствовао давању исказа окривљеног, пресуда неће моћи да се заснива на тако датом саслушању. Пресуда неће моћи да се заснива и на саслушању окривљеног у случају када одбрана није обавезна ако се он на изричит начин није одрекао присуства браниоца и у случају када бранилац није уредно обавештен о саслушању или је уредно позван, а изостанак је оправдао. Главни претрес биће одржан по одлуци већа када је бранилац уредно позван, а узостанак није оправдао, када је без одобрења напустио главни претрес, а оптужени није на позив председника већа одмах узео другог браниоца (чл. 382 ст. 1). Када је реч о скраћеном поступку, оптужени ће се у позиву поучити да има право да узме браниоца и да главни претрес, када одбрана није обавезна, неће бити одложен због недоласка браниоца (чл. 506 ст. 3). Када је лице ухапшено и када је у року од осам сати приведено јавном тужиоцу на саслушање, а још увек му није изречена мера задржавања нити му је одређен притвор, јавни тужилац ће поучити то лице да има право да узме браниоца. Уколико ухапшени у року од 24 сата не узме браниоца или изјави да не жели да узме браниоца, јавни тужилац ће га без одлагања саслушати (чл. 293 ст. 2), а онда одлучити да ли ће оно бити задржано. У случају обавезне одбране, поставиће му се бранилац по службеној дужности. Уочљиво је да ухапшено лице које је доведено тужиоцу, а према коме је још увек неизвесно да ли ће бити одређено задржавање, није изједначено са лицем коме је изречена мера задржавања или притвора у погледу обавезне одбране. У случају задржаног или притвореног лица, обавезна одбрана се примењује од момента лишења слободе (чл. 74 ст. 1 тач. 3). Уколико лице које је изјавило да не жели браниоца у случају када одбрана није обавезна, па буде саслушано, а затим и задржано, остало је ускраћено за обавезну одбрану. Такав исказ ухапшеног биће оспораван у даљем поступку.⁸⁸ Овакво решење не би могло да буде правдано ни са становишта праксе Европског суда да лице има право на браниоца одмах после хапшења.

Законодавац прокламује право на бесплатну одбрану сиромашног и у случајевима када није реч о обавезној одбрани. Одређено ограничење, ипак, постоји: окривљеном ће се омогућити бесплатна одбрана ако се кривични поступак води за кривично дело за које је прописана казна затвора преко три године или ако то налажу разлози

⁸⁸ Група аутора, Приручник, стр. 53

правичности (чл. 77 ст. 1). До сада нису постојали јасни критеријуми према којима би се одлучивало о одбрани сиромашног.⁸⁹ Из наведене одредбе произилази да би право на бесплатну одбрану имало лице коме се суди за лакше кривично дело за које је прописана мања казна у односу на одредбу „преко три године“, ако то налажу разлози правичности. О захтеву за одбрану сиромашног одлучује судија појединац или председник већа, а браниоца, који има статус браниоца по службеној дужности, поставља председник суда пред којим се поступак води. Разлози правичности налажу да се одлука којом је одбијен захтев преиспита и у каснијим стадијумима поступка, па и у поступку по правном леку. Европски суд сугерисао је да критеријуми за усвајање захтева на бесплатну одбрану не треба да буду строго постављени.

Право на заступање и правну помоћ мора бити делотворно, а овај захтев у ЗКП/2011 садржан је у одредби да је Адвокатска комора дужна да приликом састављања списка адвоката води рачуна о томе да практични и стручни рад адвоката у области кривичног права даје основа за претпоставку да ће одбрана бити делотворна (чл. 76 ст. 2). Законик санкционише неблаговремен, непрофесионалан и нестручан рад браниоца тако што прописује да ће он бити разрешен (чл. 80 ст. 2 тач. 2). О разрешењу браниоца, на предлог јавног тужиоца, одлучује по службеној дужности судија за претходни поступак, председник већа, претресно веће и судија појединац у скраћеном поступку. Према одредби ЗКП/2011 један окривљени може ангажовати највише пет бранилаца за своју одбрану. Да би одбрана била обезбеђена, довољно је да у процесним радњама учествује један од њих.

5. Право на испитивање сведока

Окривљени и његов бранилац имају право да испитују сведоке оптужбе, да предложе сведоке по сопственом избору и да се једни и други сведоци испитују под једнаким условима. Из ових права може се уочити да се право на испитивање сведока преклапа са адверзијалним начелом и правом на „једнакост оружја“.

⁸⁹ Закон о бесплатној правној помоћи је на јавној расправи и очекује се да он буде усвојен и да његова примена започне 1. јануара 2015. године.

Европски суд усваја начелан став да се сви сведоци испитују у присуству одбране, на јавној расправи и у складу са начелима непосредности и контрадикторности.⁹⁰ Према ставу Европског суда, који се заснива на Европској конвенцији, под сведоком се подразумева и оно лице које је дало исказ пре суђења и који је прочитан на самом суђењу, затим исказ саоптуженог и вештака. Европски суд у одређеним случајевима допушта доказе „из друге руке“ као што су случајеви да је неки сведок дао исказ у претходном стадијуму, а затим је озбиљно оболео или умро (одступање од начела непосредности и контрадикторности). Став суда је да власт у одређеним случајевима може да заштити идентитет сведока и препушта државама да такве случајеве предвиди домаћим прописима уз поштовање равнотеже јавног интереса и интереса одбране.⁹¹ Пресуда не би, међутим, требала да се темељи искључиво или претежно на исказима сведока које одбрана није могла да испита или на исказима сведока који су о чињеницама сазнали на посредан начин, као и на исказу анонимног сведока. Осим тога, поједине особе могу бити ослобођене дужности сведочења.

Одбијање захтева окривљеног и његовог браниоца да се неко лице саслуша као сведок није у нескладу са ставом Европског суда уколико је реч о оправданој процени суда да то сведочење неће допринети расветљавању случаја и утврђивању истине. У том случају одбрана би морала да доказује да је одбијање било штетно и супротно начелу правичног поступка или да је суд одбио сведочење „кључног сведока“. Према одредби Европске конвенције вештак у поступку има третман као и сви други сведоци.

Право је окривљеног да испитује сведоке оптужбе и захтева да се, под истим условима, као сведоци оптужбе, у његовом присуству испитају сведоци одбране (чл. 68 ст. 1 тач. 10). У истрази је ово право одбране ограничено. Лица која присуствују доказним радњама могу предложити јавном тужиоцу да ради разјашњења ствари постави одређена питања осумњиченом, сведоку или вештаку, а по дозволи јавног тужиоца могу постављати питања и непосредно (чл. 300 ст. 8). На главном претресу сведоку, вештаку или стручном сараднику непосредно постављају питања странке и бранилац, председник већа и чланови већа (чл. 402 ст. 2). Сведок се испитује понаособ и без присуства других сведока и сведок је дужан да сведочи усмено (чл. 98 ст. 1). У

⁹⁰ Barberá, Messegue and Jabardo v. Spain, 6. децембар 1988.

⁹¹ Ferrantelli and Santangelo v. Italy, 7. август 1996.

циљу утврђивања кредибилности његовог сведочења, сведок ће се увек питати откуд му је познато оно о чему сведочи (чл. 98 ст. 5). Законодавац прописује да се сведок или вештак могу саслушати и ван главног претерса ако је његов долазак пред суд знатно отежан. Уколико сматра да је његов исказ важан, веће може наредити да га ван главног претреса испита председник већа или судија, члан већа непосредно или путем техничких средстава за пренос слике и звука (чл. 404 ст. 1), а о овом испитивању биће обаештене странке, бранилац, оштећени и стручни саветник (чл. 404 ст. 3) чиме је обезбеђено поштовање начела усмености и контрадикторности (расправности).

Закон уређује редослед испитивања сведока и предвиђа да се најпре обавља основно испитивање, после тога унакрсно, а по одобрењу председника већа могу се постављати додатна питања (чл. 402 ст. 6). Основно испитивање најпре предузима странка која је предложила сведока, а унакрсно испитивање предузима затим супротна странка. Приликом додатног испитивања примењују се правила која важе за основно испитивање. Странке могу приговорити и тражити забрану појединог питања и одговора и ако такав захтев буде прихваћен, странка којој је питање забрањено, може тражити да се то унесе у записник.

Унакрсно испитивање је новина у односу на раније регулисање кривичног поступка у коме се настоји да се оспори кредибилитет исказа сведока супротне стране. Приликом основног испитивања нису допуштена сугестивна питања. Она су допуштена приликом унакрсног испитивања. У државама са адверзијалним поступком унакрсно испитивање сведока и вештака може бити лимитирано и нелимитирано.⁹² Лимитирано унакрсно испитивање је оно које се тиче само питања споменутих током основног испитивања, а нелимитирано допушта испитивање о свим чињеницама и околностима које су им познате. Предност је на страни нелимитираног унакрсног испитивања, јер би странка истог сведока морала да предложи за наредно рочиште како би могла да га испита и о ономе што се није чуло приликом основног испитивања.

У адверзијалним системима познат је институт непријатељског сведока. То је случај када је једна странка предложила сведока, а он почне да се понаша „непријатељски“. Страна која га је предложила може тражити да га суд прогласи за непријатељског сведока и у том случају би и приликом основног испитивања могла да му поставља

⁹² Синђелић, Ж., Нови ЗКП – Адверзијални кривични поступак, *op.cit.*, стр. 907

сугестивна питања. ЗКП/2011 прихвата нелимитирано унакрсно испитивање, али не познаје институт непријатељског сведока. Законик не предвиђа у чл. 402 ст. 1 да се сугестивна питања могу постављати вештаку.

Законодавац предвиђа основне мере заштите сведока (чл. 102) и посебно регулише статус и правила о испитивању посебно осетљивог сведока (чл.103 и чл. 104). Мере посебне заштите односе се на заштићеног сведока (чл. 105 и чл. 106). Законодавац разликује разлоге за искључење сведочења када постоји опасност од одавања тајног податка и одавања професионалне тајне и разлоге ослобађања од дужности сведочења међу којима спадају брачна или ванбрачна заједница живота, сродство, усвојење, узраст и душевна развијеност (чл. 93 и чл. 94). Овим лицима призната је привилегија да сама одлуче хоће ли дати исказ.

6. Право на преводиоца и тумача

Европски суд под правом на преводиоца подразумева дужност државе, да сваком ко не разуме језик суда на коме се води поступак, обезбеди бесплатног преводиоца. Превод не мора да буде на матерњем језику, већ је довољно да то буде на језику који окривљени разуме. Право на преводиоца је бесплатно без обзира на имовно стање окривљеног. Захтев Европског суда је да превођење буде делотворно односно да преводилац буде довољно стручан за превођење, да поседује искуство и да познаје правну терминологију.

Осим усменог превођења тока поступка, под овим правом подразумева се и превођење релевантне документације до границе права на правну помоћ.

Одредбе о праву на преводиоца примењују се у случајевима када је окривљени особа са хендикепом, па у том случају постоји потреба за ангажовањем тумача.

У одредби о језику и писму у поступку законодавац прописује да странке, сведоци и друга лица која учествују у поступку имају право да употребљавају свој језик и писмо, а ако се поступак не води на њиховом језику и ако, након поуке о праву на превођење, не изјаве да знају језик на коме се поступак води и да се не одричу права на превођење, обезбедиће им се на терет буџетских средстава превођење онога што они или други пишу, као и превођење исправа и другог писаног доказног материјала (чл. 11 ст. 3).

Уколико је окривљени глув, постављаће му се питање писмено, ако је нем, позваће се писмено да одговара, а ако је слеп, приликом саслушања ће му се усмено изложити садржај писаног доказног материјала. Ако се салушање не може обавити на овај начин позваће се тумач (чл. 87 ст. 1). Преводацац и тумач положиће заклетву да ће верно пренети питања која се окривљеном упућију и одговоре које он буде давао (чл. 87 ст. 3). Преводацац такође може бити изузет из оних разлога који важе и за вештаке. Оспособљеност кандидата за преводиоце проверава посебна комисија министарства надлежног за правосуђе.

7. Забрана двоструке угрожености (ne bis in idem)

Европска конвенција не помиње начело забране двоструке угрожености у основном тексту, већ је оно садржано у Протоколу 7 уз Европску конвенцију (чл. 4). Ово начело садржано је у свим међународним документима о заштити људских права.

Забрана двоструке угрожености *ne bis in idem* или „не два пута о истом“, подразумева да истом лицу не може бити поново суђено за исто кривично дело пошто је он за то дело већ једном правноснажно осуђен или ослобођен или је оптужба одбијена или је поступак правноснажно обустављен (чл. 4 ЗКП/2011). Забрана двоструке угрожености уведено је из разлога правне сигурности. Насупрот захтеву правне сигурности стоји захтев да суд донесе правичну и закониту пресуду која је заснована на истини. Али, како се у кривичном поступку од стране органа поступка могу јавити пропусти, а излазећи у сусрет захтеву законитости, од начела *ne bis in idem* се одступа у случају када је ванредни правни лек могуће изјавити против правноснажне одлуке суда. Унутрашњим правом уређује се систем правних лекова, али у изграђивању тог система државе су ограничене обавезом поштовања међународних правних стандарда. Начело забране двоструке угрожености подигнуто је тако на ниво основних људских права и слобода.

Ne bis in idem значи “забрану поновног суђења истом окривљеном против кога је за исто кривично дело већ правноснажно окончан кривични поступак и забрану да се против једног лица једновремено воде два кривична поступка за исто кривично дело”.⁹³

⁹³ Ђурђић, В., *Ne bis in idem*, *Правна ријеч*, Бања Лука, Удржење правника Републике Српске, бр. 19, 2009, стр. 429-442.

Начело забране двоструког угрожавања биће активирано у случају подударности правноснажно пресуђене и новоутужене кривичне ствари. Подударност мора бити утврђена у односу на дело (објективна подударност) и у односу на лице (субјективна подударност). Када је реч о гаранцијама утврђеним Протоколом 7 уз Европску конвенцију оне садрже следеће стандарде: а) забрана се односи само на осуђујућу и ослобађајућу пресуду (мериторне судске одлуке); б) изузетно је дозвољено понављање поступка и после правноснажности мериторних одлука; в) понављање поступка је дозвољено и у корист и на штету окривљеног; г) изузеци морају бити прописани законом.⁹⁴ Као разлози за понављање поступка предвиђене су нове и новооткривене чињенице или битна повреда поступка која је могла да утиче на његов исход (чл. 4 ст. 2 Протокола 7).

Забрана двоструког угрожавања ужива и уставноправну заштиту. Уставни суд је стао на становиште да би поводом сваког конкретног случаја требало испитати уз утврђени чињенични идентитет дела и додатне „корективне критеријуме“ као што су: идентитет заштићеног добра, тежина последице дела и идентитет санкције.⁹⁵

Начело забране двоструког угрожавања садржано је у Основним одредбама ЗКП/2011. Нико не може бити гоњен за кривично дело за које је одлуком суда правноснажно ослобођен или осуђен или за које је оптужба правноснажно одбијена или је поступак правноснажно обустављен (чл. 4). Одредба ЗКП проширује гаранције садржане у чл. 4 Протокола 7 уз Европску конвенцију, па се и овој одредби може приговорити из истих разлога као и уставној одредби у чл. 34 ст. 4.

У наставку, ЗКП прописује да правноснажна судска одлука не може бити измењена на штету окривљеног (чл. 4 ст 2). Устав садржи гаранцију да пресуда не може бити измењена на штету окривљеног у поступку по ванредном правном леку, а забрана се односи и на прекршајни поступак и поступак по привредним преступима. Тумачењем уставне и законске норме може се закључити да је изјављивање ванредног правног

⁹⁴ *ibid.*

⁹⁵ Група аутора, Коментар ЗКП/2011, *op.cit.*, стр. 81

лека могуће и на штету и у корист окривљеног, али да *одлука* суда не сме бити измењена на штету окривљеног.⁹⁶

Разлоге за понављање поступка ЗКП/2011 наводи у чл. 473 уз ограничење да се поступак може поновити само у корист окривљеног. Законодавац у чл. 478 ст. 3 тач. 1 прописује да ће суд у поновљеном поступку ранију пресуду у целости или делимично ставити ван снаге или да ће ранију пресуду оставити на снази што није у корист окривљеног, али није ни на његову штету, па је исправнија формулација да се поступак не може поновити на штету окривљеног.

8. Право на правни лек у кривичним стварима

Право на правни лек прокламовано је у свим међународним документима. Европска конвенција у свом основном тексту предвиђа право на делотворни правни лек (чл. 13) у свим судским поступцима, а Протоколом 7 уз Европску конвенцију предвиђено је право на правни лек у кривичним стварима. Европска конвенција предвиђа да је систем правних лекова надлежност националног законодавства.

Устав Србије проширује право на правни лек у кривичном поступку тиме што наводи „да свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на законом заснованом интересу“, док Европска конвенција наводи да право на правни лек има „свако ко је одлуком суда осуђен“. Како Устав не предвиђа изузетке од права на правни лек, поставља се питање у којој мери таква ограничења могу бити регулисана процесним законодавством.⁹⁷ Постоје различите дефиниције правних лекова у процесној теорији. Правни лекови су правна средства којима овлашћена лица нападају судску одлуку, зато што је због стварних или правних недостатака сматрају неправилном или незаконитом, са циљем да постигну њено укидање или преиначење.⁹⁸

У кривичном поступку пред домаћим судовима разликујемо редовне (*remedium ordinarium*) и ванредне (*remedium extraordinarium*) правне лекове. Редовни правни

⁹⁶ проф. др Ђурђић В, *Ne bis in idem*

⁹⁷ Ђурђић, В., Европски правни стандарди о праву на правни лек у кривичном поступку, *op.cit.*, стр. 98

⁹⁸ Ђурђић, В., *Кривично процесно право*, Посебни део, Ниш, 2006 стр. 125

лекови односе се на одлуке које нису постале правноснажне, којим се одлука нижег суда напада због чињеничних и правних недостатака о којима треба да се изјасни виши суд. Ванредни правни лекови изјављују се против правноснажних одлука у законом тачно предвиђеним случајевима. Поступак по правним лековима је факултативан и зависи од воље странака у поступку и лица која имају право да изјаве правни лек.

Пред домаћим судовима жалба је једини редовни правни лек. ЗКП/2011 познаје три врсте жалби: а) жалбу против првостепене пресуде; б) жалбу против другостепене пресуде и в) жалбу против решења. Жалба је потпуни правни лек. Право на изјављивање жалбе имају странке у поступку, док споредни процесни субјекти имају право на жалбу у границама допуштености ЗКП (чл. 433). Јавни тужилац може изјавити жалбу на штету и у корист окривљеног па се каже да он има најпотупније право на жалбу (чл. 433 ст. 3). Ово право тужиоца проистиче из његовог процесног положаја у поступку у коме се јавни тужилац појављује и као странка и као државни орган у поступку. Тужилац једино не може да поднесе жалбу поводом имовинскоправног захтева. Новина у ЗКП/2011 је да жалба не може бити поднета због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања у случају потпуног признања окривљеног које није у супротности са изведеним доказима (чл. 433 ст. 7). У том случају могућа је жалба само у погледу изречене санкције, а ово ограничење не важи за јавног тужиоца. Одрицање и одустанак од жалбе су у складу са диспозициојом странака и права располагања правом на жалбу (чл. 434). ЗКП уређује основе за изрицање жалбе (чл. 437). Жалба против пресуде другостепеног суда може се изјавити само ако је тај суд преиначио првостепену ослобађајућу пресуду и оптуженог огласио кривим (чл. 463).

У поступку по правним лековима примењује се гаранција *beneficium cohaesionis* или погодност припајања. Ова гаранција обавезује суд правног лека „да разлоге од користи за једног окривљеног примени по службеној дужности и на саокривљене који нису изјавили правни лек или га нису изјавили у том правцу“.⁹⁹ Ову гаранцију предвиђа и ЗКП/2011 у чл. 454. Оваква погодност односи се и на редовне и на ванредне правне лекове и спречава да саоптужени буду различито третирани у поступку.

⁹⁹ *ibid.*

Суд у поступку по правним лековима не може да донесе одлуку на штету окривљеног ако је жалба изјављена само у његову корист (забрана *reformatio in peius*). То охрабрије оптуженог на изјављивање жалбе. Оваква забрана одступа од начела утврђивања материјалне истине, али је усвојена у корист правичности и правне сигурности. Забрана преиначења на штету оптуженог подразумева да се пресуда не сме изменити на његову штету у погледу правне квалификације кривичног дела и кривичне санкције (чл. 453).

Новина ЗКП/2011 је да је број ванредних правних лекова смањен са четири на два: а) захтев за понављање кривичног поступка и б) захтев за заштиту законитости. У оквиру понављања кривичног поступка предвиђен је и захтев осуђеног за понављање кривичног поступка који је одржан у његовом одсуству. Захтев за понављање поступка може се изјавити само против правноснажне пресуде, а не и против друге одлуке суда, док се захтев за заштиту законитости може изјавити и против других правноснажних пресуда суда, па и јавног тужиоца.¹⁰⁰

Кривични поступак може се поновити само у корист окривљеног, док се захтев за заштиту законитости може изјавити и у корист и на штету окривљеног (чл. 483 ст. 2), али је суд везан забраном *reformatio in peius*.

9. Право на накнаду штете због неосноване осуде

Захтев правичности намеће потребу да се надокнади претпљена штета лицу које је неосновано лишено слободе или неосновано осуђено. Заштита права на накнаду претпљене штете гарантована је у међународним актима и ово право може се остваривати пред Европским судом, али се оно првенствено остварује на националном нивоу. Законска регулатива је прилично уједначена, али су разлике најочљивије у решењима између англосаксонског и континенталног правног система. Право на накнаду штете може се остварити као накнада државе по доброј вољи (*ex gratia*) по општем правном режиму или као субјективно право оштећеног чему на другој страни одговара обавеза државе да штету надокнади. У неким државама ово право остварује

¹⁰⁰ Група аутора, Приручник, *op.cit.*, стр.291

се у грађанској парници (САД) или се прописује кривичнопроцесним нормама и остварује пред судом који је водио поступак.

Право на накнаду штете прокламовано је Уставом Србије и ЗКП/2011 у коме се наводи да лице које је неосновано лишено слободе или осуђено за кривично дело, има право на наканду штете од државе и друга права прописана законом (чл.18). Устав прописује да лице има право на рехабилитацију, а да ће се законом прописати услови под којим се право може захтевати и непосредно од лица које је штету проузроковало. У Уставу је ово право шире регулисано јер се не односи само на незаконити рад органа поступка у кривичним стварима.

Жртвом незаконитих радњи и злоупотребе власти се сматра лице коме је повређен физички и морални интегритет, које је претрпело моралну патњу, материјални губитак или тешку повреду основних права у вези са правима човека.¹⁰¹

Остваривање права на накнаду штете лица неосновано (незаконито, неоправдано)¹⁰² лишеног слободе или неосновано осуђеног регулисано је у Глави XXV (чл. 583 - 595 ЗКП/2011), а штета може бити материјална када је реч о умањењу његове имовине, измакла корист и нематеријална штета.

Лицу припада накнада штете ако је неосновано лишено слободе (ухапшен и задржан, притворен, изречена му је забрана напуштања стана) у поступку који није покренут или је правноснажним решењем обустављен, или је завршен правноснажном пресудом којом се оптужба одбија или је оптужени ослобођен. Право на накнаду штете припада и лицу коме је изречена мања казна затвора од трајања лишења слободе или је изречена казна затвора у краћем трајању од издржане казне затвора поводом поступка по ванредном правном леку. Право на накнаду штете имаће и лице које је оглашено кривим, али је ослобођено од казне. Уколико је лишење слободе трајало дуже од законом или судском одлуком прописаног трајања и то ће бити основ за наканду штете.

¹⁰¹ Декларација о основним принципима правде у вези са жртвама криминалних радњи и жртвама злоупотребе власти, Резолуција Генералне скупштине УН, 40/34, 29.11.1985.

¹⁰² Група аутора, Коментар ЗКП/2011, *op.cit.*, стр. 1203

ЗКП прописује и ограничења од права на накнаду штете, а то је када је окривљени својим недозвољеним поступцима проузроковао лишење слободе, ако је поступак обустављен услед смрти окривљеног, ако је своју осуду намерно проузроковао лажним признањем или на други начин, ако је до обуставе поступка или одбијања оптужбе у новом поступку дошло због тога што је на основу споразума са оштећеним као тужиоцем или приватним тужиоцем дошло до одустајања од гоњења (чл. 584 ст. 2 и чл. 585 ст. 2). У судској пракси изграђено је мишљење да лице против којег се водио кривични поступак и које је у том поступку ослобођено оптужбе, нема право на накнаду нематеријалне штете јер га у довољној мери штити претпоставка невиности.¹⁰³ У ЗКП су наведена и остала права која припадају лицу које је неосновано лишено слободе и осуђено као што су морално задовољење (чл. 592 и 593), право на признавање радног стажа или стажа осигурања (чл. 594 и 595). У ЗКП није прописано право на реституцију и основ његовог остваривања.

Пре подношења тужбе суду за наканду штете, оштећени је дужан да поднесе захтев министарству надлежном за послове правосуђа ради споразума о постојању штете и врсти и висини наканде (чл. 588 ст. 1), па ће о том захтеву одлучивати комисија за наканду штете (чл. 588 ст. 2). Сматрамо да право на наканду штете треба остваривати одмах на суду. Неоправдано је учешће надлежног министарства правосуђа и са становишта захтева о посебном правосудном буџету и прецизирању одговорности правосудних органа за њихов законити рад што је и интенција Националне стратегије и Акционог плана којим се дефинишу циљеви реформе правосуђа до 2018. године.

ЗКП/2011 регулише питање моралног задовољења уколико је случај пре утврђивања неоснованости био објављен у средствима јавног информисања (чл. 592). У посебним одредбама регулисана су питања о поништавању уписа неосноване осуде у казненој евиденцији (чл. 586), као и забрана коришћења података из списка предмета (чл. 587).

¹⁰³ *ibid.*, стр. 133

VII ZAKЉUČAK

Начело правичног поступка је универзално и сложено начело које се још назива и „надначелом“ или „начелом над начелима“ и сврстано је у групу основних људских права које је гарантовано међународноправним документима и националним законодавством. Европски суд га у пракси широко тумачи. Гаранције Европске конвенције примењују се на цео кривични поступак, а не само на његов главни стадијум.

Најзначајнији међународни извори којима се пружају гаранције на правични поступак су: Универзална декларација о људским правима ОУН, Међународни пакт о грађанским и политичким правима са факултативним протоколима ОУН, Повеља ЕУ о основним правима и Европска конвенција о заштити права човека и основних слобода. Европски суд у Стразбуру је први међународни суд коме се појединац може обратити са захтевом заштите његових права гарантованих Европском конвенцијом. Одлуке тог суда су обавезујуће за стране у поступку. Начело правичног поступка гарантовано је чл. 6 Европске конвенције и Протоколом 7 (чл. 2 – 4) уз Европску конвенцију.

Устав Србије преузима гаранције начела правичног поступка из међународноправних аката тако да код појединих права, која чине саджину начела правичног поступка, одредбе преноси дословно, неке мења и сужава, а код других изоставља поједина ограничења, па те гаранције проширује. У Уставу нема одредбе о обавезном јавном саопштавању пресуде, у уставном тексту лимитирани су разлози ограничавања јавности чиме се искључују други разлози који могу бити евентуално предвиђени законом. Право на бесплатног преводиоца у Уставу је признато свима у поступку, а не само окривљеном чиме су проширене гаранције дате у међународноправним актима. Несагласност Устава и Европске конвенције је и у појединим правима која су у овом међународноправном акту дефинисана као елементарна, док их највиши правни акт у домаћем праву не сврстава у групу

апсолутно заштићених. Недоследност се огледа и у томе што се у Уставу говори да ће окривљени бити обавештен о „разлозима дела“, а не о „разлозима оптужбе“, па је ова непрецизност исправљена одредбама ЗКП/2011. Унакрсно испитивање добило је уставни ранг. Одредбе о испитивању сведока имају искључиво адверзијални карактер иако Европска конвенција допушта да сведока испитује и суд. Одредба о суђењу без одуговлачења у Уставу се на једном месту сврстава у апсолутно заштићена права, а у другој одредби то није случај иако је јасно да то право не би смело да трпи изузетке. Устав одступа у дефинисању права забране двоструке угрожености у односу на формулацију у Европској конвенцији, а право на наканду штете проширује и на друге органе не ограничавајући их само на државне.

Права која чине садржину начела правичног поступка могу се разврстати на различите начине и према различитим критеријумима. Следећи систематику чл. 6 Европске конвенције и Протокол 7, та права могу се поделити на опште и посебне гаранције. *Опште гаранције* важе за све поступке, док се *посебне гаранције* односе само на кривични поступак.

Општи елементи правичног поступка су: а) право странака да присуствују радњама и да буду саслушане; б) право на „једнакост оружја“; в) забрана незаконитих доказа и г) обавезно образложење судских одлука.

Посебне гаранције су: а) претпоставка невиности; б) брзо и разумљиво обавештење окривљеног о оптужбама; в) право окривљеног да му се обезбеди довољно времена и створе неопходни услови за припрему одбране; г) право на правну помоћ; д) право на испитивање сведока; њ) право на преводиоца или тумача током поступка; е) право да не буде суђен и кажњен два пута у истој ствари - *ne bis in idem*; ж) право на правни лек у кривичним стварима и з) право на наканду због погрешне осуде.

Посебне погодности за окривљеног су: а) забрана *reformatio in peius* (забрана преиначења на штету окривљеног); б) правило *in dubio pro reo* (све што је сумњиво иде у корист окривљеног); в) принцип *beneficium coesionis* (повластица повезаности) и г) правило о идентитету (истоветности) пресуде и оптужбе као последице начела акузаторности.

Питање свих питања је адверзијално уређење главног претерса и доказна пасивност суда. Осим што адверзијално уређење главног претреса није у складу са нашом досадашњом правном традицијом, поставља се питање уставности доказне пасивности суда. Уставно право је да суд расправи о сумњи окривљеног, а ЗКП говори да се пред судом о томе расправља, па се на основу тога изводи закључак о „потенцијалној неуставности свих кључних одредаба ЗКП/2011 којима је конструисан адверзијални карактер поступка“. О правди и правичности се не може говорити ако пресуда није заснована на правилно и законито утврђеној материјалној истини, већ се темељи на „парничењу“ у коме је окривљени у подређеном положају у односу на заступника оптужбе.

Право на приступ суду је уставна и законска гаранција. Према одредбама ЗКП/2011 спорно је решење према коме оштећени не може преузети кривично гоњење пре потврђивања оптужнице уколико јавни тужилац одустане од кривичног гоњења. Новина у ЗКП/2011 је да окривљени преко свог браниоца може поднети захтев за заштиту законитости против правноснажних одлука суда, али и правноснажних одлука јавног тужиоца. Окривљени и његов бранилац немају право жалбе на одлуку јавног тужиоца о покретању истраге чиме им је онемогућен приступ суду.

Важна гаранција је право странака да присуствују поступку и у светлу тог права сагледава се могућност присуства браниоца саслушању осумњиченог и права да осумњичени има право на поверљив разговор са својим браниоцем. Присуство доказним радњама окривљеног посебно је проблематизовано уколико се он, који је изворно у функцији одбране, налази у притвору. Изузетак од овог права је могућност тужиоца посебне надлежности да саслуша сведока без присуства одбране. Тужилац може саслушати сведоке и вештака по одобрењу судије за претходни поступак и када одбрана није обавештена о том саслушању у складу са ЗКП. У скраћеном поступку присуство одбране такође није обавезно под одређеним условима. Законик даје предност брзини поступка, а на уштрб ефикасности и поштовања права окривљеног.

Једно лице може давати изјаве полицији и пре него што му је саопштено да је осумњичено што је супротно праву забране самооптуживања. Оваква ситуација сама по себи није незаконита, али представља могућност различитих злоупотреба без адекватног правног средства којим би била оспоравана. Са становишта правичности

било би спорно решење ако се приступи читању записника у делу у коме исказ даје саоптужени према коме је поступак раздвојен и који је правноснажно осуђен.

Окривљени је у подређеном положају у претходном поступку у коме јавни тужилац није само странка већ је и орган поступка, како у погледу прикупљања доказа за своју одбрану тако и са становишта испитивања сведока. ЗКП даје исту правну снагу доказним радњама јавног тужиоца као да их је извео суд и ти докази могу бити касније коришћени на главном претресу у одређеним законом предвиђеним случајевима. Обавеза јавног тужиоца да са подједнаком ревношћу прикупља доказе у корист оптужбе, али и у корист одбране је пука декларативна прокламација без суштинске садржине и без последица по јавног тужиоца ако то не чини. Тешко је замислити тужиоца који ће радити у „корист сопствене штете“. Како постоји могућност да тужилац готово све сведоке може означити као сведоке оптужбе, онда је то његова предност и на главном претресу. Одбрани се не може замерати што користи сва процесна средства у поступку и што ће на припремном рочишту искористити прилику да све доказе означи спорним.

Јавност треба да допринесе поверењу грађана у правосудни систем. Пресуда мора бити образложена и јавно објављена. Ова гаранција трпи оправдане изузетке. У одредбама ЗКП/2011 није јасно како ће бити обезбеђена јавност када се предвиђа могућност да се уз одржавање припремног рочишта, које је затворено за јавност, може одржати главни претрес који је јаван. Како публицитет може допринети већем поверењу у правосуђе, тако може и урушити то поверење, јер је јавност у општем смислу заправо лаичка јавност. Недовољно разјашњена стручна питања и лаичка јавност су разлози који доводе правосуђе „под сумњу“ или оцену да је казнена политика судова неадекватна. Медији зато не могу бити само пуки преносиоци фактографије из суднице већ и средство које указује и објашњава стручну страну кривичног поступка.

Суђење без одуговлачења је посебно осетљив терен оптерећен многим проблемима у правосуђу из прошлих времена. Држава мора да отклони системске препреке и обезбеди суђење у разумном року и оствари захтев правне сигурности. Основни разлози због чега је Србија суочена са великим бројем представки пред Европским судом или пред Уставним судом су, пре свега, системске природе. Недовољан број

судија и тужилаца, неадекватан простор за рад и одржавање суђења и слично. Као један од разлога наводимо и често мењање прописа, а са променом и новим ЗКП и преласком на тужилачку истрагу, биће потребно додатно време за прилагођавање комплетног правосудног апарата том новом захтеву.

У саставу Високог савета судства и Државном већу тужилаца не треба да буду министар надлежан за правосуђе и председник надлежног скупштинског одбора. Избор судија треба у потпуности да испуни захтеве независности и приликом првог избора, а тај избор судија треба да се заснива на мерљивим критеријумима стручности и достојности.

Пребацивање терета доказивања са тужиоца на одбрану је спорно са становишта поштовања претпоставке невиности, као и случај када је саокривљени потписао споразум о признању кривице и када се његов исказ чита на главном претерсу. Претпоставка невиности повређена је и одредбом о припремном рочишту која је формулисана тако да се полази од претпоставке тачности оптужнице, а не од обавезе тужиоца да доказује оно што је у њој наведено. Право је окривљеног да одмах и на језику који разуме буде обавештен о оптужбама, да му се обезбеди довољно времена и адекватни услови за припрему одбране. Право на правну помоћ мора бити делотворно.

Могућност унакрсног испитавања је новина у односу на раније регулисање кривичног поступка. Приликом унакрсног испитивања дозвољена су сугестивна питања. Унакрсно испитивање може бити лимитирано и нелимитирано, а ЗКП/2011 приклања се нелимитираном начину испитивања. ЗКП/2011 не познаје тзв. непријатељског сведока.

Начело забране двоструког угрожавања биће активирано у случају објективне и субјективне подударности правноснажно пресуђене и новоутужене кривичне ствари. Поводом овог начела стручна јавност се спори око питања у којим случајевима је дозвољено право на ванредни правни лек против правноснажно пресуђене ствари и да ли је понављање поступка дозвољено и у корист и на штету окривљеног или само у његову корист. Правноснажна судска одлука не може бити измењена на штету окривљеног, став је законодавца, док други сматрају да је могуће изјавити ванредни правни лек и у корист и на штету окривљеног, али одлука суда не сме бити на штету

окривљеног. Суд може задржати ранију пресуду суда на снази што није у корист окривљеног, али није ни на његову штету.

Систем правних лекова је у надлежности националних законодавстава, став је Европског суда. Устав Србије не предвиђа изузетке од овог права, па је спорно у којој мери они могу бити предмет регулација процесног законодавства. Жалба је једини редовни правни лек. Јавни тужилац има најпотпуније право на жалбу. У поступку по правним лековима примењују се посебне погодности за окривљеног: *beneficium cohaesionis* (погодност припајања) и забрана *reformatio in peius* (суд у поступку по правним лековима не може донети одлуку на штету окривљеног ако је жалба изјављена само у његову корист). Новина у ЗКП/2011 је да захтев за заштиту законитости сада може поднети и окривљени преко свог браниоца.

Штета за погрешан рад органа у поступку може бити материјална и нематеријална. ЗКП/2011 прописује изузетке од овог права, а пре подношења тужбе суду за остваривање тог права, оштећени ће поднети захтев министарству надлежном за правосуђе. Логичније је да се ово право остварује само у поступку пред редовним судом.

Устав Србије и ЗКП/2011 преузимају и уређују сва она права која чине садржину начела правичног поступка и која су прокламована и гарантована међународноправним актима. Тој регулативи може се замерити недоследност у формулацијама које су суштинске, а не само формалне и које понекад неоправдано проширују минималне гаранције међународних извора. Процесно кривично законодавство даје предност захтеву ефикасности, па поједина решења одступају од захтева правичности. Те слабости кривичног поступка у једној његовој фази могу бити конвалидиране, али не увек, активирањем правних средстава у следећој. На те слабости покушали смо да укажемо у овом раду.

Литература

Уџбеници

1. Ђурђић, Војислав., *Кривично процесно право*, Општи део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2014.
2. Ђурђић, Војислав., *Кривично процесно право*, Посебни део, Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2011.
3. Кнежевић, Саша., *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Правни факултет, Ниш, 2007.
4. Грубач, Момочило., *Кривично процесно право*, Увод и општи део, „Службени гласник“, Београд, 2004.
5. Томашевић, Горан., *Казнено процесно право*, Правни факултет у Сплиту, електронично издање, 2009. (www.pravst.hr, 27.9.2014)
6. Радбрух, Густав., *Филозофија права*, Нолит, Београд 1980.
7. Лукић, Д. Радомир., *Систем филозофије права*, Завод за уџбенике и наставна средства и Београдски издавачки завод, Београд, 1995.

Приручници

1. Виткаускас, Давидас., Диков, Григори., *Заштита права на правично суђење према Европској конвенцији о људским правима*, Веће Европе, Страсбург, 2012.
2. Нула, Мол., Катарина, Харби., „Право на правично суђење „ – *Водич за примену члана 6 Европске конвенције о људским правима*, Приручник о људским правима бр. 6, Савет Европе Београд, 2007.
3. Група аутора, (урс), Бејатовић, С., Шкулић, М., Илић, Г., *Приручник за примену новог Законика о кривичном поступку*, www.uts.org.rs, 13.9.2014.
4. Група аутора, (урс) Јовановић, Иван., Петровић Јовановић, Ана., *Тужилачка истрага – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени*, Мисија ОЕБС-а у Србији, Београд, 2014.
5. Шкулић, Милан., Илић, Горан., *Како је пропала реформа – Шта да се ради?*, Удржење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд, 2012.

Коментари закона

1. Пајванчић, Маријана., *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација “Конрад Аденауер”, Београд, 2009.
2. Илић, П. Горан., Мајић, Миодраг., Бељански, Слободан., Трешњев, Александар., (ур), Љушић, Р., Коментар Законика о кривичном поступку, *Службени гласник*, Београд, 2014.
3. Грубач, Момчило., Васиљевић, Тихомир., *Коментар Законика о кривичном поступку*, 13. издање – према Законнику из 2011, Пројурис, Београд, 2013.

Научни и стручни чланци

1. Ђурђић, Војислав., “Начело правичног поступка”, *Ревуја за криминологију и кривично право*, број 3, Београд, 2006.
2. Ђурђић, Војислав., Нормативне претпоставке права на правично суђење у кривичним стварима, *Правни живот*, Београд, бр. 9/2013.
3. Ђурђић, Војислав., “Међународноправни стандарди и заштита људских права у кривичном поступку”, *Центар за публикације Правног факултета*, Ниш, 2008.
4. Ђурђић, Војислав., Европски правни стандарди о праву на правни лек у кривичном поступку, *Зборник радова*, (урс) Стојановић, Наташа., Голубовић, Срђан., Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2009.
5. Ђурђић, Војислав., *Ne bis in idem*, *Правна ријеч*, Бања Лука, Удржење правника Републике Српске, бр. 19, 2009.
6. Шкулић, Милан., Противуставни карактер новог Законика о кривичном поступку, *Правни живот*, Београд, бр. 9/2012.
7. Синђелић, Жарко., Нови ЗКП – Адверзијални кривични поступак, *Правни живот*, Београд, бр. 9/2012.
8. Грубиша, Младен., „Правила за практично решавање питања објективног идентитета пресуде и оптужбе“, *Наша законитост*, бр. 11-12, Загреб.
9. Бајовић, Вања., „Објективни идентитет пресуде и оптужбе“, *Анали Правног факултета*, Београд, година LXI, 1/2013.
10. Мајић, Миодраг., „Чињенични идентитет пресуде и оптужбе: преиспитивање граница дозвољеног одступања“, *Билтен Врховног касационог суда*, Београд, бр. 2/2011.
11. Царић, Марина., “Појам начела правичног поступка пред казним судом”, *Зборник радова Правног факултета*, Сплит, број 43, 2/2006.

12. Vuchetich, Laurenz., Праведност и правичност у филозофији права, Свеучилиште Загреб, 2007., www.hrcak.srce.hr, 2.9.2014. (Van Hoescke, M., *Law as Communication*, Hart Publishing, Oxford-Portland, Oregon, 2002.)

Прописи

1. Устав Републике Србије (*Службени гласник Републике Србије* бр 98/2006)
2. Законик о кривичном поступку (*Службени гласник РС* 72/11; 101/2011; 121/2012; 32/2013; 45/2013, 55/2014)
3. Закон о Уставном суду (*„Службени гласник РС“*, бр. 109/07, 99/11, 18/13 – одука УС).
4. Закон о судијама, (*„Службени гласник РС“* бр. 116/2008, 58/2009 – одлука УС, 104/2009, 101/2010, 8/2012 – одлука УС, 121/2012, 124/2012 – одлука УС и 101/2013)
5. Закон о Високом савету судства (*„Службени гласник РС“* бр. 116/2008, 101/2010 и 88/2011).
6. Закон о седиштима и подручјима судова и јавних тужилаштава, (*„Службени гласник РС“* бр. 101/2013).
7. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода са додатним протоколима (*„Службени лист СЦГ – Међународни уговори“*, бр. 9/03, 5/05 и 7/05 – исправка и *„Службени гласник РС – Међународни уговори“*, бр. 12/10).
8. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, (*Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/1971)
9. Факултативни протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима, (*Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/2001)
10. Други факултативни протокол уз Међународни пакт о грађанским и политичким правима *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 4/2001

